

DIE BEFUGNIS DER GMBH-GESELLSCHAFTER ZUR EINRICHTUNG EINES ZUSATZORGANS

EINE BETRACHTUNG DES GMBH-BEIRATES ALS BEITRAG ZUM ORGANISATIONSRECHT DER GMBH

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von
Assessor Fred Fleischer
Wiesbaden
1984



DIE BEFUGNISSE DER GMBH-GESELLSCHAFTEN
ZUR EINRICHTUNG EINES ZUSATZORGANS

EINE BETRACHTUNG DES GMBH-GEHRATES
ALS BEITRAG ZUM ORGANISATIONSRECHT
DER GMBH

Digitized by the Internet Archive
in 2026

DIE BEFUGNIS DER GMBH-GESELLSCHAFTER ZUR EINRICHTUNG EINES ZUSATZORGANS

EINE BETRACHTUNG DES GMBH-BEIRATES ALS BEITRAG ZUM ORGANISATIONSRECHT DER GMBH

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechte
des Fachbereichs
Rechts- und Wirtschaftswissenschaften
der Johannes Gutenberg-Universität
Mainz

vorgelegt von
Assessor Fred Fleischer

Wiesbaden
1984

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Arndt Teichmann

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Georg Crezelius

Tag der mündlichen Prüfung: 19. Juli 1984

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Literaturverzeichnis	IV
Verzeichnis der wichtigsten Abkürzungen	XI
Einleitung	1
A. Ausgestaltungsbeispiele	3
I. Unterstützende Beiräte	3
1. Die Beratungsrunde	3
2. Der Sachverständigenbeirat	3
3. Kontaktpflege und Information	4
4. Der Prominentenbeirat	4
II. Überwachende Beiräte	4
1. Kreditgeber	4
2. Unternehmenssanierung	5
3. Lizenzgeber	5
4. Modell für freiwillige Mitbestimmung	5
III. Beiräte als Teil der körperschaftlichen Organisation	7
Vorbemerkungen	7
1. Der die Gesellschafter zwischen den Sitzungen der Gesellschafterversammlung repräsentierende Beirat	9
2. Abstimmungs- und Beschlußfassungsorgan	10
3. Der Schiedsbeirat	10
4. Der Schiedsgutachterbeirat	12
5. Der Beirat als Mittler einer familiengeprägten Unternehmenspolitik	13
6. Die Steuerungszentrale einer GmbH & Co. KG	13

B.	Abgrenzung zum Aufsichtsrat	15
I.	Bestimmungen, die der GmbH die Bildung eines Aufsichtsrates gebieten	16
1.	Betriebsverfassungsgesetz	16
2.	Mitbestimmungsgesetz	17
II.	Abgrenzung der Zuständigkeiten	20
1.	Der Aufsichtsrat nach dem BetrVG	20
2.	Der Aufsichtsrat nach dem MitbestG	33
3.	Der fakultative Aufsichtsrat	53
C.	Die gesellschaftsrechtliche Gestaltungs- befugnis	60
I.	Gesetzliche Einschränkungen des Gestaltungsrechtes	61
1.	Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer	61
2.	Die gesetzlichen Pflichten der Geschäftsführer	62
II.	Die Gestaltungsfreiheit bei der einver- ständlichen Beauftragung eines mit Ge- sellschaftern besetzten Beirates	65
1.	Gläubigerschutz	68
2.	Das Wesen der GmbH	68
3.	Öffentliches Interesse	69
4.	Die Funktionslehre	69
a)	Formelle Funktion	69
b)	Materielle Funktion	72
5.	Sonderrecht eines Gesellschafters	78
a)	Sonderrecht und Funktionsprinzip	78
b)	Sonderrecht und gleichzeitige Beiratsmitgliedschaft	84

6. Die unverzichtbaren Bedingungen für die Herrschaft der Gesellschafter	88
a) Der Mindesteinfluß der Gesell- schaftsversammlung	89
b) Rechte des Einzelgesellschafters	99
III. Die Beiratsmitgliedschaft von Nichtgesellschaftern	103
1. Unmaßgebliche Kriterien	104
2. Materielle Funktion	105
3. Das Motiv der Beiratsmitgliedschaft	112
4. Selbststeuerung als Organisations- standard	116
IV. Der durch Mehrheitsbeschluß eingesetzte Beirat	118
1. Kein Recht auf Unabänderlichkeit der Gesellschaftsorganisation	119
2. Die von einer Beiratskompetenz ausgenommenen Angelegenheiten	120
3. Sachliche Legitimation	123
V. Der Beirat als Gruppenorgan	126
1. Die Vorrangigkeit der Gesamt- interessen	127
2. Einspruchsrecht	129
Zusammenfassung	133

Literaturverzeichnis

Ballerstedt, Das Mitbestimmungsgesetz zwischen Gesellschafts-, Arbeits- und Unternehmensrecht, ZGR 1977, 133 ff.

Baumbach-Duden-Hopt, Handelsgesetzbuch, Kurzkomm., 25. Aufl., München 1983

Baumbach-Hueck, Aktiengesetz, Kurzkomm., 13. Aufl., München 1968

-, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Kurzkomm., 13. Aufl., München 1970

Baumbach-Lauterbach-Albers-Hartmann, Zivilprozeßordnung, Kurzkomm., Bd. 1, 42. Aufl., München 1984
(zit.: Bearbeiter in Baumbach-Lauterbach, ZPO)

Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, Köln 1980

Dietz-Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, Komm., 5. Aufl., München 1973

Duden, Grenzen der Vertragsfreiheit im Recht der Personengesellschaften. Eine Besprechung der Monographien von Teichmann, Huber, H.P. Westermann und Ott, ZGR 1973, 360 ff.

-, Zur Mitbestimmung in Konzernverhältnissen nach dem Mitbestimmungsgesetz, ZHR 141 (1977), 145 ff.

-, Überwachung: wen oder was?, Festschrift für Fischer, herausgegeben von Lutter, Stimpel, Wiedemann, Berlin, New York 1979, 95 ff. (zit.: FS f. Fischer)

Eder, Gesellschafter- und Aufsichtsratsautonomie bei der GmbH, GmbH-Rdschr. 1978, 217 ff.

Feine, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Sonderdruck aus: Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von Ehrenberg, Leipzig 1929

Fitting-Wlotzke-Wißmann, Mitbestimmungsgesetz, Komm., 2. Aufl., München 1978

Geßler, Besprechung von: Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, ZHR 135 (1971), 90 ff.

V.Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, Komm., Bd. 1, 4. Aufl., Berlin, New York 1971

Großkommentar zum Aktiengesetz, begründet von Gadow, Bd. 1, 1. und 2. Halbband, 3. Aufl., Berlin, New York 1973 (zit.: Bearbeiter in GK z. AktG)

Großkommentar zum Handelsgesetzbuch, begründet von Staub, Bd. 2, 2. Halbband, 3. Aufl., Berlin 1970 (zit.: Bearbeiter in GK z. HGB)

Hachenburg, Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Großkomm., Bd. 1, 7. Aufl., Berlin, New York 1975; Bd. 2, 7. Aufl., Berlin, New York 1979; Bd. 3, 7. Aufl., Berlin, New York 1984; §§ 35 - 84 6. Aufl., Berlin 1959 (zit.: Bearbeiter in Hach., GmbHG, - soweit nichts anderes angegeben: 7. Aufl. -)

Hoffmann-Lehmann-Weinmann, Mitbestimmungsgesetz, Komm., München 1978

Hölters, Satzungsgestaltung und Organisationsstruktur von Unternehmen bei Einführung der qualifizierten Mitbestimmung, BB 1975, 797 ff.

- , Der Beirat in der GmbH. Verantwortlichkeit, Haftung und Rechtsschutz, insbesondere unter dem Gesichtspunkt des Minderheitenschutzes, BB 1977, 105 ff.
- , Der Beirat der GmbH und der GmbH & Co. KG, Köln 1979 (zit.: Hölters)
- , Freiwillige Gesellschaftsorgane bei der mitbestimmten GmbH und GmbH & Co. KG, GmbH-Rdsch. 1980, 50 ff.
- Hommelhoff, Unternehmensführung in der mitbestimmten GmbH, ZGR 1978, 119 ff.
- Hommelhoff-Timm, Anmerkung zum Urteil des LG Köln vom 13. Juli 1976 (AG 1976, 329 f.), AG 1976, 330 ff.
- Horn, Unternehmensbeteiligungen der Arbeitnehmer und Gesellschaftsrecht, ZGR 1974, 133 ff.
- Immenga, Die personalistische Kapitalgesellschaft, Bad Homburg vor der Höhe 1970 (zit.: Immenga)
- , Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats, ZGR 1977, 249 ff.
- Kastner, Aufsichtsrat und Realität, Festschrift Strasser, herausgegeben von Schwarz, Spielbüchler, Martinek, Grillberger, Jabornegg, Wien 1983, 843 ff. (zit.: FS Strasser)
- Kölner Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 1, Köln, Berlin, Bonn, München 1970; Bd. 2, Köln, Berlin, Bonn, München 1971 (zit.: Bearbeiter in KK z. AktG)
- Konow, Zum Tätigkeitsbereich der Beiräte bei Aktiengesellschaften, DB 1966, 332 f.

Konzen, Besprechung von: Teichmann, Gestaltungsfreiheit
in Gesellschaftsverträgen, AcP 172 (1972), 92 ff.

Lippert, Zulässigkeit und Aufgaben von Beiräten in Aktien-
gesellschaften - LG Köln, Die AG 1976, 329, JuS 1978,
90 ff.

Lutter, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16. Februar 1976
(JZ 1976, 561 f.), JZ 1976, 562 f.

Martens, Allgemeine Grundsätze zur Anwendbarkeit des Mit-
bestimmungsgesetzes, AG 1976, 113 ff.

-, Der Beirat in der Kommanditgesellschaft auf Aktien,
AG 1982, 113 ff.

Meilicke-Meilicke, Kommentar zum Mitbestimmungsgesetz 1976,
Heidelberg 1976

Mertens, Zuständigkeiten des mitbestimmten Aufsichtsrats,
ZGR 1977, 270 ff.

V.Mettenheim, Der Aufsichtsrat im Kräftefeld der mitbe-
stimmten GmbH, DB 1977, 447 ff.

Naendrup, Mitbestimmungsgesetz und Organisationsfreiheit.
Strategien zur Bekämpfung oder Vermeidung von (Unter-
nehmens-) Mitbestimmung, ArbuR 1977, 225 ff. und
268 ff.

Ostrowski, Der Beirat als Führungsinstrument für mittlere
Betriebe, DB 1965, 1569 f.

Overlack, Der Einfluß der Gesellschafter auf die Ge-
schäftsführung in der mitbestimmten GmbH, ZHR 141
(1977), 125 ff.

Raiser, Vertragsfreiheit im Gesellschaftsrecht. Besprechung von drei juristischen Monographien, AG 1971, 151 ff.

-, Mitbestimmungsgesetz, Komm., 2. Aufl., Berlin, New York 1984 (zit.: Raiser)

Reich, Die Stellung des Aufsichtsrats im mitbestimmten Unternehmen, B1StSozArbR 1976, 176 ff.

Reich-Lewerenz, Das neue Mitbestimmungsgesetz. Zugleich ein Beitrag zum Verhältnis von Gesellschaftsrecht und Unternehmensverfassung, ArbuR 1976, 261 ff.

-, Das neue Mitbestimmungsgesetz. Zur Stellung der Arbeitnehmervertreter und des Arbeitsdirektors, ArbuR 1976, 353 ff.

Reuter-Körnig, Mitbestimmung und gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit, ZHR 140 (1976), 494 ff.

Rutenfranz, Der "Beirat" im Gesellschaftsrecht, NJW 1965, 238 f.

Säcker, Die Anpassung der Satzung der Aktiengesellschaft an das Mitbestimmungsgesetz, DB 1977, 1791 ff.

-, Die Anpassung des Gesellschaftsvertrages der GmbH an das Mitbestimmungsgesetz, DB 1977, 1845 ff.

Scheuerle, Das Wesen des Wesens, AcP 163 (1964), 429 ff.

Schneider, U.H., Das Verhältnis von obligatorischem Aufsichtsrat und Beirat bei der GmbH. Zur Begrenzung der Satzungsautonomie durch unternehmensrechtliche Normen, BB 1977, 1464 ff.

-, Die Haftung von Mitgliedern des Beirates einer Personengesellschaft. Ein Beitrag zur rechtlichen Stellung des Beirates und seiner Mitglieder, DB 1973, 953 ff.

Scholz, Kommentar zum GmbH-Gesetz, begründet von Scholz, Bd. 2, 6. Aufl., Köln 1978/1983
(zit.: Scholz-Bearbeiter, GmbHG, 6. Aufl.)

-, Kommentar zum GmbH-Gesetz, 5. Aufl., Köln 1964
(zit.: Scholz, GmbHG, 5. Aufl.)

Schulte, Besprechung der Entscheidung BGHZ 64, 238
(Urteil vom 14. April 1975), ZGR 1976, 97 ff.

Schultze-v.Lasaulx, Zur Frage der Gestaltungsfreiheit für Gesellschaftsverträge. Eine Bestandsaufnahme. Abschied von Illusionen, ZfgG 21 (1971), 325 ff.

Skibbe, Die steuerliche Behandlung der Beiratsvergütung bei der GmbH und bei der GmbH & Co. KG, GmbH-Rdsch. 1972, 180 ff.

Sudhoff, Der Aufsichtsrat (Beirat) der mitbestimmten GmbH & Co. KG, GmbH-Rdsch. 1967, 158 ff.

-, Die Familien-GmbH, GmbH-Rdsch. 1973, 193 ff.

Teichmann, Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen, München 1970

Theisen, Weisungsrecht gegen Zustimmungsvorbehalt in der mitbestimmten GmbH, BB 1980, 1243 ff.

Thomas-Putzo, Zivilprozeßordnung, Komm., 12. Aufl., München 1982

Trouet, GmbH-Aufsichtsrat und Mitbestimmung. Im Vergleich zur Aktiengesellschaft: Geringerer Befugniszuwachs, DB 1982, 29 ff.

Verhoeven, Anmerkung zum Urteil des BGH vom 4. Oktober 1976 (JZ 1977, 267 ff.), JZ 1977, 269 f.

-, Nochmals: Minderheitenschutz und Beirat in der GmbH, BB 1978, 335 ff.

Voormann, Die Stellung des Beirats im Gesellschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München 1981

Westermann, H.P., Kautelarjurisprudenz, Rechtsprechung und Gesetzgebung im Spannungsfeld zwischen Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, AcP 175 (1975), 375 ff.

Wiedemann, Verbandssouveränität und Außeneinfluß. Gedanken zur Errichtung eines Beirats in einer Personengesellschaft, Festschrift für Schilling, herausgegeben von Fischer und Hefermehl, Berlin, New York 1973, 105 ff.

(zit.: FS f. Schilling)

-, Die Bedeutung der ITT-Entscheidung (Urteil des BGH vom 5. Juni 1975, JZ 1976, 408 f.), JZ 1976, 392 ff.

-, Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts. Band I. Grundlagen, München 1980
(zit.: Wiedemann, Gesellschaftsrecht)

Verzeichnis der wichtigsten Abkürzungen

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort (bezogen jeweils auf die erste Fundstelle auf derselben Seite)
AcP	Archiv für die zivilistische Praxis
AG	Aktiengesellschaft; Die Aktiengesellschaft, Zeitschrift für das gesamte Aktienwesen
AktG	Aktiengesetz
AR	Aufsichtsrat
ArbuR	Arbeit und Recht
BB	Der Betriebsberater
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
B1StSozArbR	Blätter für Steuerrecht, Sozialversicherung und Arbeitsrecht
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
DB	Der Betrieb
Fn.	Fußnote
GG	Grundgesetz
GK	Großkommentar (s. Litverz.)
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung

GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbH-Rdsch.	GmbH-Rundschau
Hach.	Hachenburg (s. Litverz.)
HGB	Handelsgesetzbuch
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KapErhG	Kapitalerhöhungsgesetz
KG	Kommanditgesellschaft
KK	Kölner Kommentar (s. Litverz.)
LG	Landgericht
MitbestG	Mitbestimmungsgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
RegE GmbHG	Regierungsentwurf eines GmbH-Gesetzes nebst Einführungsgesetz; Bundestags- Drucksache 7/253
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
UmwG	Gesetz über die Umwandlung von Kapital- gesellschaften
ZfG	Zeitschrift für das gesamte Genossenschaftswesen
ZfU	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung

Einleitung

Die Organisation der GmbH kennt neben den nach dem GmbH-Gesetz notwendigen Organen "Geschäftsführung" und "Gesamtheit der Gesellschafter" weitere Organe, die entweder auf dem Willen der Gesellschafter oder auf der Anordnung anderer Gesetze beruhen.

Während man bei einem mitbestimmungsrechtlich vorgeschriebenen Zusatzorgan von einer zwingenden Bezeichnung als "Aufsichtsrat" ausgehen kann¹⁾, sind die Gesellschafter bei den aus eigenem Entschluß gebildeten, gesetzlich nicht geregelten²⁾ Organen auch hinsichtlich des Namens frei³⁾. Dementsprechend finden sich für derartige Einrichtungen Bezeichnungen wie etwa Arbeitsausschuß, Aufsichtsrat, Beirat, Familienrat, Gesellschafterrat, -gremium oder -ausschuß, Sachverständigenausschuß oder auch Verwaltungsrat oder -ausschuß.

In dieser Untersuchung wird das fakultative Zusatzorgan einheitlich als "Beirat" angesprochen. Der Begriff "Aufsichtsrat" - und zwar fakultativer Aufsichtsrat im Gegensatz zu einem aufgrund eines Mitbestimmungsgesetzes obligatorischen - soll allein einem dem § 52 GmbHG unterliegenden Überwachungsorgan vorbehalten bleiben⁴⁾.

Die Arbeit will feststellen, in welchen Grenzen einem Beirat als alleinigem Zusatzorgan oder neben anderen, ins-

1) W. Schmidt in Hach., GmbHG, (6. Aufl.), § 52 Anh. I Anm. 11; Baumbach-Hueck, GmbHG, Schlußanhang I Anm. 2 B; Schneider, BB 73, 1464, 1465.

2) Auch der RegE GmbHG sieht keine Regelung für einen Beirat vor. Die Möglichkeit der Gesellschafter, ein weiteres Organ in die gesellschaftliche Verfassung der GmbH einzugliedern, wird jedoch etwa in den §§ 62 Abs. 3, 66 Abs. 2 und 69 Abs. 2 RegE GmbHG ausdrücklich erwähnt.

3) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 15 und 16; Schneider, a.a.O., S.1465.

4) Nach Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 16, trägt nur dasjenige Organ zu Recht die Bezeichnung "AR", das unter § 52 fällt.

besondere neben einem obligatorischen¹⁾ oder fakultativen Aufsichtsrat Aufgaben und Rechte übertragen werden können. Hierbei beschränkt sich die Prüfung, inwieweit die obligatorischen Zusatzorganen zugewiesenen Zuständigkeiten und Befugnisse den möglichen Einsatzbereich eines Beirates begrenzen, im Hinblick auf deren praktische Bedeutung auf die Aufsichtsräte nach dem BetrVG und nach dem MitbestG.

1) Die Frage, ob neben dem AR einer mitbestimmten GmbH überhaupt ein Beirat zulässig ist - vgl. den Nachweis bei Jolters, BB 77, 105 Fn. 5 -, steht, positiv beantwortet, soweit ersichtlich heute nicht mehr zur Diskussion.

A. Ausgestaltungsbeispiele

Zunächst werden verschiedene konkrete Beiratsgestaltungen geschildert, um die vielfältigen Einsatzmöglichkeiten von Beiräten mit und ohne Organeigenschaft aufzuzeigen.

I. Unterstützende Beiräte

1. Die Beratungsrunde

Eine reine Ratgeberfunktion hat der von Ostrowski¹⁾ beschriebene Freundeskreis des Unternehmers. Dieser Beirat soll als ein den Einzelfall überdauerndes Aussprache-Team dem Unternehmer mittlerer Betriebe ein Führungsinstrument zur Seite stellen, dessen Mitglieder bewußt keine Experten, sondern Gesprächspartner aus der Wirtschaft sind. Daneben können natürlich Unternehmensangehörige hinzugezogen werden. Aufgabe eines derartigen Beirates ist, ohne jede Entscheidungsbefugnis die Entschlüsse des Unternehmers bei Grundsatz- und Planungsproblemen vorzubereiten.

2. Der Sachverständigenbeirat

Indirekt angesprochen wurde soeben die in die besondere Form einer Beiratsmitgliedschaft eingekleidete Dauerberatung durch Sachverständige.

Ein solcher Beistand beiratsangehöriger Fachleute hat gegenüber der Tätigkeit anderer Experten wesentliche Vorteile. Neben der engeren Verbundenheit der Beiratsmitglieder mit "ihrem" Unternehmen stehen sie dauernd zur Verfügung, was für die stetige Entwicklung eines Unternehmens wichtig sein kann²⁾.

1) DB 65, 1569 f.

2) Rutenfranz, NJW 65, 238.

3. Kontaktpflege und Information

Von der Funktion her vergleichbar ist ein Beirat, der die geschäftlichen Kontakte zwischen der Gesellschaft und ihren Kunden pflegt¹⁾ oder innerhalb von verbundenen Unternehmen der Informationsbeschaffung und Beratung dient²⁾.

4. Der Prominentenbeirat

Auf eine andere Form der Beratung und Hilfestellung zielt der Beirat, der einem Unternehmen Persönlichkeiten des öffentlichen Lebens verbindet. Während Wiedemann³⁾ in einem Prominentenbeirat ein eher schmückendes Beiwerk ohne nennenswerten Einfluß sieht, führt Schneider⁴⁾ außer dem Werbeeffect die wertvollen Informationen dieses Personenkreises und ihr Gewicht bei Behörden an.⁵⁾

II. Überwachende Beiräte

Neben einer unterstützenden Funktion können einem Beirat auch Überwachungs- und Entscheidungsbefugnisse zugeordnet werden.

1. Kreditgeber

Ein solcher Beirat findet sich etwa, wenn sich Kreditgeber auf Dauer Kontrollrechte über ein Unternehmen ausbedungen haben⁶⁾. Durch die Einrichtung des Beirates wird ein Zugang zu gesellschaftsinternen Informationen eröffnet. Darüber hinaus kann gleichzeitig eine Interventionsgrundlage z.B. in Gestalt von Genehmigungs- oder Zustimmungsvorbehalten eingeräumt werden.

1) Rutenfranz, NJW 65, 238.

2) Rutenfranz, a.a.O., S. 238; Schneider, BB 73, 1464, 1465.

3) FS f. Schilling, S. 105.

4) A.a.O., S. 1465 sowie DB 73, 953.

5) Voormann, S. 11, weist schließlich darauf hin, daß ein Prominentenbeirat aber auch dazu dienen kann, eine tatsächlich oftmals gar nicht in dem Maße vorhandene Solidität einer Gesellschaft zu demonstrieren.

6) Rutenfranz, a.a.O., S. 239.

2. Unternehmenssanierung

Ein spezieller Fall der Gläubigersicherung ist der aus Anlaß einer Unternehmenssanierung gebildete Gläubigerbeirat, dessen Hauptaufgabe es ist, dem Mißtrauen gegenüber der Geschäftsführung abzuhelpen¹⁾.

3. Lizenzgeber

Ebenfalls in diesem Zusammenhang zu nennen sind die in einem Beirat ausgeübten Rechte eines Lizenzgebers, der sich im Lizenzvertrag gewisse Kontrollrechte in der Gesellschaft über sein in dem Unternehmen angewandtes Patent vorbehalten hat²⁾.

4. Modell für freiwillige Mitbestimmung

Um die Variationsbreite deutlich zu machen, soll abschließend noch auf ein von Schneider³⁾ vorgestelltes personengesellschaftsrechtliches Beiratsmodell hingewiesen werden, mit dessen Hilfe gleichermaßen in kleineren GmbH auf freiwilliger Basis Mitbestimmung in mehr oder weniger weiter Form praktiziert werden kann.

In einem derartigen Beirat werden Gesellschafter und Unternehmensangehörige als Vertreter der Arbeitnehmer vornehmlich mit dem Zweck zusammengefaßt, die Verbindung und Information zwischen Betrieb, Betriebsleitung, Unternehmensleitung und Gesellschaftsorganen zu sichern. Die den beiratsangehörigen Arbeitnehmervertretern zur Wahrung der Arbeitnehmerinteressen eingeräumten Rechte entsprechen den Einwirkungsmöglichkeiten der bisher dargestellten Beiräte.

1) Wiedemann, FS f. Schilling, S. 106.

2) Rutenfranz, NJW 65, 238; Schneider, BB 73, 1464, 1465.

3) DB 73, 953, 954 f.

Anders als bei einem mitbestimmungsrechtlich angeordneten Gremium handelt es sich bei einem solchen Beirat nicht um ein Organ der Gesellschaft. Schneider bezeichnet ihn als Unternehmens-"Organ" und stellt folgerichtig fest, daß den Arbeitnehmervertretern gegenüber der Gesellschaft keine haftungsauslösende Pflicht zur Ausübung dieser Rechte obliegt¹⁾.

Die im schuldrechtlichen Beiratsvertrag verankerten Befugnisse überwachender Beiräte können die Entscheidungs- und Handlungsfreiheit der Gesellschaft erheblich einengen. Insbesondere ist zu gegenwärtigen, daß die Mitspracherechte jener Beiräte eine Konzession an einen Personenkreis sein können, der aufgrund seiner starken wirtschaftlichen Position auch eine Umgehung der Haftungsbeschränkung zumindest kleiner und mittelständischer GmbH durch eine Verpflichtung von Gesellschaftern zu persönlicher Verantwortung - etwa im Wege einer Bürgschaft - durchsetzen könnte²⁾.

1) DB 73, 953, 957. Wollen die Gesellschafter statt dessen Mitbestimmung verwirklichen, indem sie freiwillig Arbeitnehmervertreter in ein statutarisches Gesellschaftsorgan einbeziehen - angesprochen etwa von Voormann, S. 51 ff. passim, Horn, ZGR 74, 133, 156, 158 - erhalten die Arbeitnehmervertreter den Status eines echten gesellschaftsrechtlichen Organmitgliedes (vgl. die nachfolgenden Beiratsbeispiele). Erfolgt der Zugang der Arbeitnehmervertreter zu einem solchen Beirat nicht über eine besondere Beteiligungsgesellschaft der Arbeitnehmer, was eine Aufsplitterung des Unternehmens in mehrere Unternehmungsgesellschaften voraussetzt - vgl. dazu Horn, a.a.O., S. 151 ff., Voormann, S. 53 f. -, müssen die Arbeitnehmervertreter die Trennungslinie zwischen Arbeitnehmer und Unternehmer überschreiten. Der damit für den Fall eines Konfliktes zwischen Arbeitnehmerinteressen und Gesellschaftsinteressen absehbare Zwiespalt in der organchaftlichen Willensbildung nötigt Voormann, S. 143, zu der - im Einzelfall als Grenze sicherlich vagen - Ansicht, daß nur eine quantitativ oder qualitativ die autonome Willensbildung der Gesellschaft nicht aufhebende Beteiligung von Arbeitnehmervertretern in dem Gesellschaftsorgan zulässig sei.

2) Hierzu Immenga, S. 127 f.

Da ihre Rechte und Pflichten nicht zum internen Organisationsgefüge der Gesellschaft gehören, also einen Außen- einfluß repräsentieren, können die Beiräte auf schuldrechtlicher Basis bei der weiteren gesellschaftsrechtlichen Untersuchung außer Betracht bleiben. Eine gesellschaftsrechtliche Problematik ergibt sich bei ihnen nicht. Verdeutlicht sei dies anhand eines Beispiels von Hölters¹⁾, daß sich Gesellschafter etwa untereinander verpflichten können - genauso kann dies die Gesellschaft Dritten gegenüber -, Geschäftsführungsmaßnahmen nicht ohne Zustimmung bestimmter Personen vorzunehmen. Ein Verstoß hiergegen bedeutet ohne gesellschaftsrechtliche Sanktionen nur die Nichterfüllung jenes schuldrechtlichen Vertrages²⁾.

Gegenstand der Arbeit sind lediglich die Beiräte, die kraft Satzung Teil der gesellschaftlichen Organisation sind und als solcher bei gesellschaftlichen Vorgängen eine Funktion innehaben³⁾.

III. Beiräte als Teil der körperschaftlichen Organisation

Vorbemerkungen

Da die GmbH ein Wirtschaftsverein in besonderer Rechtsform ist, kann der Begriff der Satzung zur Kennzeichnung der die Gesellschaftsverfassung ausgestaltenden Festsetzungen dienen, obwohl das GmbHG durchgehend vom Gesellschaftsvertrag spricht.

1) S. 5.

2) So auch Wiedemann, FS f. Schilling, S. 107.

3) Vgl. Schneider, BB 73, 1464, 1466.

Diese terminologische Festlegung soll die Regelungen des Gesellschaftsvertrages mit echtem Satzungscharakter erfassen, die körperschaftsrechtliche Beziehungen betreffen¹⁾. Zu dem angesprochenen materiellen Satzungsinhalt gehören die Errichtung eines Aufsichtsrates und eines Beirates als Bestimmungen über die Organisation der Gesellschaft²⁾.

Von dem für die Untersuchung maßgebenden Satzungsteil des Gesellschaftsvertrages zu trennen sind einmal die individualrechtlichen Regelungen, die die Beziehungen der Gesellschaft zu einzelnen Gesellschaftern oder Dritten fixieren und ebensogut außerhalb des Gesellschaftsvertrages hätten erfolgen können³⁾.

Daneben können auf dem Gesellschaftsvertrag wechselseitige Rechtsbeziehungen der Gründer-Gesellschafter fußen, wenn entsprechende Vereinbarungen nach der Entstehung der Gesellschaft als juristische Person fort dauern⁴⁾.

Die Konstituierung eines Zusatzorgans verändert mit der für alle Gesellschaftsangehörigen verbindlichen Festlegung seiner Zuständigkeiten und Befugnisse die konkrete Herrschaftsstruktur der Gesellschaft. Sie ist daher - gleichermaßen wie die Auflösung eines bestehenden fakul-

1) Vgl. etwa BGHZ 18, 205, 207, sowie Zöllner in KK z. AktG, § 179 Anm. 4.

2) Ulmer in Hach., GmbHG, § 53 Rdn. 12; Schilling in Hach., GmbHG, (6. Aufl.), § 53 Einl. Anm. 2 nennt den Beirat ausdrücklich.

3) Ulmer in Hach., GmbHG, § 2 Rdn. 120 und 123. Hierunter fällt auch die Einsetzung eines Beirates auf schuldrechtlicher Basis.

4) Vgl. in Hach., GmbHG, Ulmer, § 2 Rdn. 4, und Schilling, § 13 Rdn. 6.

tativen Organs - eine den §§ 53 und 54 GmbHG unterliegende Satzungsänderung und erfordert somit einen beim Handelsregister anzumeldenden, notariell beurkundeten und mit mindestens 3/4-Mehrheit gefaßten Gesellschafterbeschuß.

Die Mitglieder des körperschaftlich normierten Beirates können hingegen, sofern die Satzung nichts anderes vorsieht, gem. § 47 Abs. 1 GmbHG mit einfacher Mehrheit bestellt werden¹⁾.

Nachdem nunmehr dargelegt wurde, was hier unter "Satzung" verstanden werden soll, werden Ausformungsbeispiele satzungsmäßiger Beiräte vorgestellt.

1. Der die Gesellschafter zwischen den Sitzungen der Gesellschafterversammlung repräsentierende Beirat

In Gesellschaften mit einem größeren Mitgliederbestand kann die erst nach ihrer Einberufung zusammentretende Gesellschafterversammlung nicht kontinuierlich am Steuerungsprozeß der Gesellschaft beteiligt sein. Ihr Einfluß auf die Führung der Geschäfte ist in weitem Umfang auf eine nachträgliche Kontrolle der Geschäftsführer beschränkt.

Um dennoch ständig gegenüber der Geschäftsführung vertreten zu sein, können die Gesellschafter in der Zeit zwischen den Gesellschafterversammlungen, bei denen sie persönlich anwesend sind, einen Ausschuß stimmbevollmächtigter Vertreter mit der Wahrnehmung ihrer Rechte beauftragen²⁾.

Statt diesen Weg zu wählen, bei dem ein so Beauftragter nicht Träger eines gesellschaftlichen Amtes wird, sondern

1) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 75.

2) Schneider, BB 73, 1464, 1468.

von seinem jeweiligen Auftraggeber abhängig bleibt, können die Gesellschafter auch einem eigenständigen organschaftlichen Beirat satzungsmäßig die Repräsentation der Gesellschafterversammlung zwischen ihren Sitzungen übertragen.

Hauptaufgabe eines solchen Beirates ist, regelmäßig mit der Geschäftsführung zu beraten, um die für die Überwachung erforderlichen Informationen rechtzeitig zu erhalten. Daneben kann er zu Entscheidungen ermächtigt werden, die innerhalb kurzer Zeit gefaßt werden müssen und für die die Einberufung der Gesellschafterversammlung zu langwierig und zu umständlich wäre¹⁾.

2. Abstimmungs- und Beschlußfassungsorgan

Die Vertretung der Mitglieder der Gesellschafterversammlung durch einen Beirat muß nicht auf die Zeit zwischen den Zusammenkünften der Gesellschafterversammlung beschränkt sein, sie ist auch nicht intermittierend und die Gesellschafter verdrängend vorstellbar.

So skizziert Sudhoff²⁾ das Modell eines Aufsichtsrates/Beirates als Abstimmungs- und Beschlußfassungsorgan, das auf der Grundlage einer unwiderruflichen bzw. nur aus wichtigem Grund widerrufbaren Abstimmungsvollmacht bei gleichzeitigem Stimmrechtsausschluß der Gesellschafter an deren Stelle zur Abstimmung in der Gesellschafterversammlung zuständig sein soll³⁾.

3. Der Schiedsbeirat

Die Gesellschafterversammlung kann ferner ein Organ statutarisch legitimieren, bei innergesellschaftlichen Meinungsverschiedenheiten im Bereich der dispositiv über-

1) Schneider, BB 73, 1464, 1466, in Anlehnung an die Entscheidung des BGH in BB 61, 304.

2) GmbH-Rdsch. 67, 158, 163 f.

3) Die Zulässigkeit einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht ist nicht unbestritten und wird z.B. von Teichmann, S. 225 f., verneint.

tragenen Aufgaben eine umstrittene Entscheidung durch seine Schiedsentscheidung zu ersetzen. Nach der eingangs gegebenen Definition, daß unter "Beirat" unabhängig von der gewählten Bezeichnung ein gesetzlich nicht geregeltes, freiwillig von der Gesellschaft errichtetes Gremium begriffen werden soll, ist auch ein derartiges internes Schiedsgericht Beirat¹⁾.

Aus der Zuständigkeit des Schiedsbeirates resultiert eine Art von gesellschaftsinternem Vorverfahren, das einer innergesellschaftlichen Nachprüfung der betreffenden Angelegenheit die Priorität sichert, jedoch den ordentlichen Rechtsweg nicht ausschließt. Die Existenz des Schiedsorgans bewirkt also einen kraft Satzung verbindlichen internen Instanzenzug, der von der Tätigkeit der Schiedsgerichte nach den §§ 1025 ff. ZPO zu unterscheiden ist²⁾. Körperschaftsrechtlich von der Satzung im Sinne des § 1048 ZPO angeordnet³⁾, entscheiden diese unter Ausschluß des Rechtsweges alle Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis, soweit sie den Gegenstand statutarischer Bindung bilden können⁴⁾.

Die Wirkung des Votums eines organschaftlichen Schiedsgerichtes tritt - anders als bei einem nach den §§ 1025 ff. ZPO ergangenen Schiedsspruch, der niedergelegt und für vollstreckbar erklärt werden muß, §§ 1039, 1042 Abs. 1, 794 Abs. 1 Nr. 4 a ZPO - mit seiner Verlautbarung ein, weil ein solches Schiedsorgan an Stelle des sonst berufenen Gesellschaftsorgans tätig wird⁵⁾.

1) So auch Schneider, BB 73, 1464, 1466, und Hölters, BB 77, 105, 106.

2) Vgl. hierzu Hölters, S. 17 ff. und zur Abgrenzung des als Gesellschaftsorgan tätigen Schiedsbeirates gegenüber einem statutarischen Schiedsgericht Scholz-K. Schmidt, GmbHG, 6. Aufl., § 45 Anm. 13.

3) Vgl. BGHZ 48, 35, 43; Schilling in Hach., GmbHG, § 13 Rdn. 17; Voormann, S. 40 f. (mit Nachweis der insoweit kritischen Literaturmeinungen).

4) BGHZ 38, 155, 161 f.; BGHZ 48, 35, 43.

5) BGHZ 43, 261, 265.

4. Der Schiedsgutachterbeirat

Verwandt, jedoch nicht identisch mit dem Schiedsbeirat ist der Beirat, dem die Satzung eine schiedsgutachterliche Funktion zuweist. Während der Schiedsbeirat generell oder auch auf einzeln aufgeführte Fälle beschränkt als innergesellschaftliches Schiedsgericht arbeitet, hat der Schiedsgutachterbeirat in bestimmten Angelegenheiten Tatsachen festzustellen, beispielsweise, ob ein Gesellschafter zur Geschäftsführung geeignet ist¹⁾.

Dem für Schiedsgutachten zuständigen, besonders fachkundigen Organ ist also die Aufklärung eines Sachverhaltes als Grundlage für eine rechtliche Entscheidung, nicht diese selbst überlassen.

Ein staatliches Gericht kann die von einem Gutachterbeirat aufgabengemäß ermittelten Tatsachen nicht mehr selbst oder in anderer Weise feststellen. Es ist in seiner Entscheidungsmöglichkeit in den Grenzen der §§ 317 ff. BGB an sie gebunden²⁾.

Dem zur gutachterlichen Stellungnahme eingesetzten Beirat kann gleichzeitig als Güteinstanz der Versuch einer Schlichtung zwischen den streitenden Parteien obliegen³⁾. Die Trennungslinie zum Schiedsbeirat ergibt sich in diesem Fall daraus, daß die Schlichtungsbemühungen von keiner Entscheidungsgewalt begleitet sind. Als Güteinstanz kann der Schiedsgutachterbeirat nur auf eine Einigung der Parteien hinwirken⁴⁾.

1) Schilling in GK z. HGB, § 161 Anm. 38.

2) Albers in Baumbach-Lauterbach, ZPO, § 1025 Grundzüge 3 C; Thomas-Putzo, ZPO, § 1025 Vorbem. 2.

3) BGH BB 77, 1321 f.

4) In Streitigkeiten aus dem Gesellschaftsverhältnis ist die "Entscheidung" der Schlichtungsstelle - ohne materiellrechtliche Bedeutung - Sachurteilsvoraussetzung für einen späteren Prozeß, Voormann, S. 41.

5. Der Beirat als Mittler einer familiengeprägten Unternehmenspolitik

Weiteres Anschauungsmaterial für die vielfältigen Spezialaufgaben eines Zusatzorgans bietet der Beirat, der in einer sog. Familiengesellschaft nach dem Tod eines von der Familie gestellten Geschäftsführers den Einfluß der Familie auf die Geschäftsführung aufrechterhält, bis ein Abkömmling die Geschäftsführung übernehmen kann¹⁾. Die Kompetenz dieses Beirates kann von einem Zustimmungsvorbehalt zu außergewöhnlichen Rechtsgeschäften bis hin zu einem Weisungsrecht gegenüber der mit einem "Statthalter" besetzten Geschäftsführung und der damit verbundenen Möglichkeit zu unternehmerischen Initiativen reichen. Zusätzlich wird einem solchen Beirat häufig für den Fall, daß mehrere Abkömmlinge für die Geschäftsführung in Betracht kommen, wobei bei Töchtern auch an deren Ehegatten zu denken ist, die Auswahl des geeigneten Nachfolgers obliegen²⁾.

Auch bei einer in den Händen der Familie liegenden Geschäftsführung bleibt durch die erforderliche Zustimmung eines Beirates älteren Gesellschaftern, die sich schon weitgehend zurückgezogen haben, ein Mitspracherecht bei schwerwiegenden Unternehmensentscheidungen erhalten.

Andererseits soll aber bei Familiengesellschaften oft auch gerade ein familienfremder Beirat sachliche Entscheidungen unter Vermeidung von Familienzwistigkeiten sicherstellen³⁾.

6. Die Steuerungszentrale einer GmbH & Co. KG

Die Palette beispielshalber erwähnter Einsatzbereiche organschaftlicher Beiräte mag die Steuerungszentrale der

1) Sudhoff, GmbH-Rdsch. 73, 193, 194, spricht anschaulich von einem "Überbrückungsbeirat".

2) Diese "Auswahl" ist als originäre Entscheidungszuständigkeit des Beirates; denkbar oder auch als schiedsgutachterliche Tätigkeit; vgl. zu letzterem Aspekt Voormann, S. 41.

3) Hölters, BB 77, 105.

Kommanditisten einer kapitalistisch organisierten GmbH & Co. KG abschließen, in der die Kommanditisten hauptsächlich als reine Anleger zu verstehen sind. Bei einer derartigen Publikums-Kommanditgesellschaft, deren wohl bekanntester Fall die sog. Abschreibungsgesellschaft ist, ist eine personell von der KG verschiedene GmbH die einzige Komplementärin der KG. Sie leistet die gesamte Verwaltungs- und Leitungsarbeit, d.h., die Vertretung und Geschäftsführung des wirtschaftlich einheitlichen Unternehmens erfolgen ausschließlich durch die GmbH-Geschäftsführer.

Das gewählte Beispiel greift hierbei im Hinblick auf das Thema der Arbeit - ein Beitrag zum Organisationsrecht der GmbH - nur den bei der Komplementär-GmbH eingerichteten Beirat der GmbH & Co. KG auf. Möglich ist daneben noch eine Verankerung des Beirates bei der KG oder auch bei beiden Gesellschaften¹⁾, wobei dann meist eine personelle Identität beider Beiräte besteht²⁾.

In der angesprochenen Konstellation vermag der Beirat der Komplementär-GmbH den vornehmlich am Ertrag interessierten Kapitalgebern der KG außer der Kontrolle der fremden GmbH-Geschäftsführer eine in allen Abstufungen von Genehmigungsrechten, Zustimmungsvorbehalten bis hin zu einer allgemeinen Weisungsbefugnis ausgestaltbare Beteiligungsmöglichkeit an den für sie wichtigen unternehmerischen Entscheidungen zu garantieren.

Je stärker der Beirat dabei ein echtes Kontrollorgan der Kommanditisten darstellen und nicht nur den Gesellschaftsgründern als werbewirksames Argument dienen soll, desto mehr müssen seine Mindestbefugnisse denen eines aktienrechtlichen Aufsichtsrates gleichen³⁾.

1) Vgl. Hölters, S. 62.

2) Hölters, S. 62, Voormann, S. 19.

3) Im übrigen bewertet Voormann, S. 19 ff., die Rolle eines Beirates als Schutzorgan der Anleger zu Recht als nur eine der Lösungen, mit denen das Problem der Absicherung der Kommanditisten gegenüber der Geschäftsführung bewältigt werden soll.

Die vom Gesellschafterkreis her weitgehend geschlossene Familiengesellschaft, und als Gegensatz dazu die als Massen- oder Publikumsgesellschaft auftretende GmbH & Co. KG zeigen, daß der Beirat einer GmbH - mit dem gleichen Instrumentarium ausgestattet - in ganz extrem gegensätzlichen Einsatzbereichen speziell auf die jeweilige Gesellschaft zugeschnittene Funktionen innehaben kann.

Außer den dargestellten Aufgaben nehmen organschaftliche Beiräte in der Praxis eine Fülle weiterer Zuständigkeiten wahr, wie beispielsweise die Feststellung des Jahresabschlusses, die Verteilung des Reingewinnes, die Bestellung und Abberufung von Geschäftsführern¹⁾ u.s.w.

Für die erste Berührung mit dem Untersuchungsgegenstand genügt es, daß bereits die wenigen ausgewählten Beispiele die Variationsbreite dieses Zusatzorgans deutlich werden lassen.

B. Abgrenzung zum Aufsichtsrat

Der Entfaltungsraum für ein fakultatives Zusatzorgan richtet sich außer nach den gegenüber der Gesellschafterversammlung und der Geschäftsführung gezogenen Grenzen danach, ob die Gesellschaft einen Aufsichtsrat als weiteres GmbH-Organ besitzt.

Entscheidende Bedeutung kommt hierbei der Frage zu, ob die Einrichtung und Ausgestaltung des Aufsichtsrates auf dem Willen der Gesellschafter oder auf einer gesetzlichen Anordnung beruhen.

1) Schneider, BB 73, 1464, 1466; Hölters, S. 21 f. m.w.N.

I. Bestimmungen, die der GmbH die Bildung eines Aufsichtsrates gebieten¹⁾

1. Betriebsverfassungsgesetz

Das BetrVG schreibt der GmbH die Errichtung eines zu einem Drittel mit Vertretern der Arbeitnehmer besetzten Aufsichtsrates zwingend vor, wenn sie in ihren Betrieben regelmäßig mehr als 500 Arbeitnehmer beschäftigt, §§ 77 BetrVG von 1952 i.V.m. § 129 Abs. 1 BetrVG von 1972²⁾.

Ist die GmbH herrschendes Unternehmen eines Konzerns, gelten hinsichtlich des Kriteriums der mehr als 500 Arbeitnehmer nach § 77 a BetrVG 1952 i.V.m. § 129 BetrVG 1972 die Arbeitnehmer der Betriebe eines Konzernunternehmens als ihre Arbeitnehmer, wenn zwischen ihr und dem abhängigen Unternehmen ein Beherrschungsvertrag besteht³⁾.

Gleichermaßen werden der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG unter der Voraussetzung eines Beherrschungsvertrages die Arbeitnehmer der abhängigen KG zugerechnet. Ansonsten unterliegt die KG auch in der Form einer GmbH & Co. KG als Personengesellschaft nicht der Mitbestimmung nach den §§ 77, 77 a BetrVG.

-
- 1) Wie o. S. 2 ausgeführt, beschränkt sich diese Auflistung auf die AR nach dem BetrVG und nach dem MitbestG; von einer Einbeziehung des Montan-MitbestG und des Ergänzungsgesetzes hierzu, des Kaliwirtschaftsgesetzes, des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften und der Durchführungsverordnung zum Gesetz über die Gemeinnützigkeit im Wohnungswesen wird abgesehen.
 - 2) Nach § 81 BetrVG 1952 i.V.m. § 129 BetrVG 1972 findet § 77 BetrVG 52 auf sog. Tendenzbetriebe, die politischen, gewerkschaftlichen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, künstlerischen und ähnlichen Bestimmungen dienen, keine Anwendung. Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen sind, unbeschadet deren Rechtsform, vom BetrVG überhaupt ausgenommen.
 - 3) Die in § 77 a aufgeführte Eingliederung kommt mangels einer gesetzlichen Grundlage im geltenden Konzernrecht der GmbH nicht in Betracht.

Darüber hinaus kann sich - soweit man die Möglichkeit von Unterkonzernen in mehrstufigen Konzernen bejaht - innerhalb eines Konzerns eine Aufsichtsratspflichtigkeit einer auf der Mittelebene angesiedelten GmbH ergeben, die mit den von ihr abhängigen Unternehmen Beherrschungsverträge geschlossen hat.

2. Mitbestimmungsgesetz

GmbH, die in der Regel mehr als 2000 Arbeitnehmer beschäftigen, müssen nach dem MitbestG von 1976 einen sich aus einer gleichen Anzahl von Vertretern der Anteilseigner und der Arbeitnehmer zusammensetzenden Aufsichtsrat haben¹⁾.

Ob diese im Vergleich zum BetrVG deutlich höhere Mindestarbeitnehmerzahl erreicht wird, ist wiederum nicht nur für die GmbH als Einzelunternehmen, sondern ebenso unter dem Aspekt zu prüfen, ob die GmbH nicht als Teil einer Unternehmensverbindung aufsichtsratspflichtig wird.

Wie für das BetrVG erfolgt auch für das MitbestG nach § 5 Abs. 1 eine Zurechnung von Arbeitnehmern, wenn die GmbH herrschendes Unternehmen eines Unterordnungskonzerns ist, wobei das Konzernverhältnis auf Vertrag oder beim faktischen Konzern auf Gegebenheiten tatsächlicher Art beruhen kann.

1) Ausgenommen sind wiederum gem. § 1 Abs. 4 MitbestG Unternehmen, die unmittelbar und überwiegend politischen, koalitionspolitischen, konfessionellen, karitativen, erzieherischen, wissenschaftlichen oder künstlerischen Bestimmungen oder Zwecken der Berichterstattung oder Meinungsäußerung, auf die Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG anwendbar ist, dienen, sowie grundsätzlich Religionsgemeinschaften und ihre karitativen und erzieherischen Einrichtungen.

Durch § 5 Abs. 1 S. 1 MitbestG werden in diese Zurechnung Unternehmen einbezogen, die, wie bei einer GmbH & Co. KG mit nur einer konzernabhängigen Gesellschaft, Bestandteil eines Konzernunternehmens sind, ohne selbst dem Konzern anzugehören. Erwartungsgemäß gibt es zudem ebenso im Geltungsbereich des MitbestG Überlegungen, ob innerhalb eines mehrstufigen Konzerns Entscheidungszentren unterhalb der Konzernspitze eigenständig für den ihnen nachgeordneten Konzernbereich einheitliche Leitungsmacht ausüben können, so daß mitbestimmungsrechtliche Gesichtspunkte einen zusätzlichen Aufsichtsrat auf dieser Konzernebene verlangen.

Weiterhin kann die Teilkonzernregelung des § 5 Abs. 3 MitbestG eine GmbH, die einer nicht unter das MitbestG fallenden Konzernleitung am nächsten steht, kraft einer Zurechnung von Arbeitnehmern zur Errichtung eines Aufsichtsrates verpflichten.

Für eine GmbH & Co. KG kann aufgrund des § 4 Abs. 1 MitbestG ein Aufsichtsrat erforderlich werden. Bildet die KG mit ihrer Komplementär-GmbH infolge einer Mehrheitsidentität der Gesellschafter wirtschaftlich und organisatorisch weitgehend eine Einheit, sind danach die Arbeitnehmer der KG der GmbH zuzurechnen, sofern die GmbH keinen sich von der KG wirtschaftlich unterscheidenden eigenen Geschäftsbetrieb mit mehr als 500 Arbeitnehmern hat.

Ist die GmbH in einer sog. sternförmigen GmbH & Co. KG persönlich haftende Gesellschafterin mehrerer KG, werden unter den in § 4 Abs. 1 S. 1 MitbestG genannten Bedingungen die Arbeitnehmer aller KG der GmbH zugerechnet.

Das gleiche gilt bei einer sog. mehrstöckigen GmbH & Co. KG, in der eine als GmbH & Co. KG gebildete KG ihrerseits wieder persönlich haftende Gesellschafterin einer weiteren KG ist. Notwendig ist auch hier eine Identität der Gesellschaftermehrheit bei sämtlichen beteiligten Gesellschaften, weil andernfalls die die Zurechnung rechtfertigende Einheit des Unternehmens nicht gegeben ist¹⁾.

Eine entsprechende Zurechnung erfolgt, wenn sich die Verbindung von KG in jener Weise fortsetzt, § 4 Abs. 1 S. 2 und 3 MitbestG. Ist eine von § 4 MitbestG erfaßte GmbH & Co. KG Konzernspitze eines Unterkonzerns, werden der GmbH neben den Arbeitnehmern der KG nach § 5 Abs. 2 S. 1 MitbestG auch die Arbeitnehmer der von der KG beherrschten Konzernunternehmen zugerechnet.

Die in § 5 Abs. 2 S. 2 enthaltene Verweisung auf § 5 Abs. 1 S. 2 ordnet die Zurechnung wiederum für den Fall an, daß bei einem derartigen Konzernunternehmen in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG die Komplementär-GmbH nicht konzernabhängig ist, also ohne Rücksicht darauf, ob zwischen der beherrschten KG und ihrer Komplementärin die Voraussetzungen des § 4 MitbestG vorliegen.

Festzuhalten ist, daß die GmbH bei einer bestimmten Zahl von Arbeitnehmern, die sie entweder selbst beschäftigt oder die ihr in den dargestellten Konstellationen zugerechnet werden, zur Bildung eines Aufsichtsrates gezwungen ist. Im weiteren soll nunmehr untersucht werden, inwieweit sich aus den diesen obligatorischen Aufsichtsräten zugewiesenen Zuständigkeiten und Befugnissen eine Abgrenzung der einem Beirat möglichen Aufgaben vornehmen läßt. Die Zuwendung zu den fakultativen Aufsichtsräten erfolgt danach.

1) In diesem Sinne Raiser, § 4 Rdn. 15; Hoffmann-Lehmann-Weinmann, § 4 Rdn. 27 - 31; Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 36; a.A. Fitting-Wlotzke-Wißmann, § 4 Anm. 38, für die der Gesetzeswortlaut einer solchen restriktiven Interpretation entgegensteht.

II. Abgrenzung der Zuständigkeiten

1. Der Aufsichtsrat nach dem BetrVG

Von grundlegender Bedeutung für die Zusammensetzung sowie die Rechte und Pflichten des nach § 77 Abs. 1 S. 1 BetrVG 1952 zu bildenden Aufsichtsrates sind die in Satz 2 dieser Vorschrift aufgeführten Bestimmungen, i.e. § 90 Abs. 3, 4, 5 S. 1 und 2, §§ 95 bis 114, 116, 118 Abs. 2, § 125 Abs. 3, §§ 171, 268 Abs. 2 AktG und § 76 BetrVG 52.

Zum besseren Verständnis ist der Untersuchung dieser Verweisung voranzuschicken, daß der Betrachtung der obligatorischen Aufsichtsräte nicht die Vorstellung einer schlichten Übertragung der "anstaltsförmigen Verfassung der AG¹⁾" - einschließlich deren Stringenz - auf die GmbH zugrunde zu legen ist. Die Fragestellung lautet vielmehr, inwieweit die mitbestimmungsrechtliche Verweisung den Charakter der GmbH als einer Kapitalgesellschaft mit stark personengesellschaftlichen Elementen²⁾ verändert und umgekehrt die Struktur der GmbH die übertragenen aktienrechtlichen Vorschriften.

Es gilt der Grundsatz, daß die sich für den Aufsichtsrat aus § 77 BetrVG ergebenden Befugnisse satzungsmäßig nicht eingeschränkt werden dürfen, soweit sie die im Gesetz vorgesehene Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat sowie deren Rechte sicherstellen³⁾. Aufgrund der Abhängigkeit seiner Stellung vom Ausmaß der Satzungs-freiheit der Gesellschafter beeinflußt die dem Aufsichts-

1) Martens, AG 82, 114, 121.

2) Trouet, DB 82, 29.

3) OLG Bremen, AG 77, 257, 258; Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 10.

rat gegenüber der Gesellschafterversammlung verbürgte Position somit die für einen Beirat nach dem GmbHG bestehenden Organisationsmöglichkeiten. Zu klären ist also, wieweit die obligatorische Existenz eines Aufsichtsrates das Recht der Gesellschafter beschneidet, die Kompetenzen in der Gesellschaft an sich zu ziehen und selbst auszuüben oder statutarisch einem Beirat zur eigenständigen Wahrnehmung - und zwar auf Kosten der Zuständigkeiten und Befugnisse des Aufsichtsrates - zuzuweisen.

Nach § 111 Abs. 1 AktG hat der Aufsichtsrat die Geschäftsführung zu überwachen.

Dies ist die zentrale Aufgabe, die das gesetzliche Bild des Organs entscheidend bestimmt und damit gleichzeitig die über den Aufsichtsrat erfolgende Mitbestimmung in der Hauptsache als Teilnahme der Arbeitnehmer bzw. ihrer Vertreter an der organschaftlichen Überwachung der Gesellschaft charakterisiert.

Die Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates bezieht sich unmittelbar auf eine selbständige Leitung des Unternehmens durch die Geschäftsführer.

Es verstößt jedoch nicht gegen GmbH-Recht, wenn die Geschäftsführer nicht als Entscheidungsträger der Geschäftsführung tätig werden, sondern lediglich Entscheidungen der Gesellschafter oder eines von diesen hierzu ermächtigten Organs ausführen. Mithin erhebt sich die Frage, ob die Rechte des Aufsichtsrates allein auf das Organ "Geschäftsführung" abzielen oder ob das Überwachungsrecht des Aufsichtsrates nicht vielmehr auf jedes Organ zu erstrecken ist, das funktionell Geschäftsführung ausübt, d.h. die für die Unternehmensleitung erforderliche Planung, Entscheidung und Durchführung wahrnimmt¹⁾.

1) Schneider, BB 73, 1464, 1467 und 1469. Schneider formuliert eine solche These wohl nur im Hinblick auf einen Beirat mit Geschäftsführungsaufgaben. Duden, FS f. Fischer, S. 95 ff., erstreckt hingegen die Überwachungsaufgabe

Versteht man die mitbestimmungsrechtliche Beteiligung der Arbeitnehmer an der Überwachung des Unternehmens als so rechtzeitige Information über beabsichtigte Schritte, daß noch eine Reaktion in irgendeiner Form - eben eine Mitsprache - möglich ist, müßten alle zur Unternehmensleitung gehörenden Entscheidungsgegenstände lückenlos der Überwachung unterliegen. Für eine funktionale Erstreckung der Überwachungsfunktion des Aufsichtsrates auf Maßnahmen der Gesellschafter liefert das BetrVG aber keinen Ansatzpunkt, weil der Gesetzgeber anders als in § 25 Abs. 2 MitbestG für den Aufsichtsrat nach § 77 BetrVG nicht angeordnet hat, daß die aktienrechtlichen Vorschriften Vorrang vor denen des GmbHG haben. Machen also die Gesellschafter von ihren die Geschäftsführung betreffenden Rechten nach dem GmbHG Gebrauch, indem sie eine zu bestimmten Geschäften vorbehaltene Zustimmung erteilen bzw. versagen oder die Geschäftsführer anweisen, ein Geschäft vorzunehmen oder zu unterlassen, greift das Aufsichtsrecht des nach dem BetrVG mitbestimmten Aufsichtsrates nicht ein¹⁾.

Hingegen stellt sich das Hindernis der Rangordnung für jede organschaftlich verselbständigte Direktionsbefugnis nicht. Hinzu kommt, daß Kompetenzverschiebungen auf Organebene die Mitbestimmung nicht ausmanövrieren dürfen. Betrauen die Gesellschafter einen Beirat mit Geschäftsführungsangelegenheiten, ist er folglich der Kontrolle des Aufsichtsrates unterworfen²⁾.

Wird neben dem Aufsichtsrat ein Beirat mit Überwachungsbefugnissen ausgestattet, können dessen Rechte nur neben

des AR ausdrücklich auch auf den Fall, daß die Gesellschafter selbst in die Geschäftsführung eingreifen - allerdings sowohl für die mitbestimmte wie für die mitbestimmungsfreie GmbH. Eine derartige zentrale Überwachungsfunktion des AR auch den Gesellschaftsbeschlüssen gegenüber bejaht zuletzt Kastner, FS Strasser, S. 859.

1) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 22.

2) Schneider, BB 73, 1464, 1469; Hölters, S. 25.

die des Aufsichtsrates treten. Sie dürfen diese aber keinesfalls beeinträchtigen, entsprechend dem Grundsatz, daß die Überwachungsbefugnis in einer mitbestimmten GmbH zwar vermehrbar, aber nicht teilbar ist¹⁾. Insbesondere können die Gesellschafter die gesetzliche Berichtspflicht der Geschäftsführer an den Aufsichtsrat nicht beschneiden²⁾.

Die Überwachung durch den Aufsichtsrat spaltet sich in eine Nachprüfung bereits vorgenommener Geschäfte und Maßnahmen und eine Mitwirkung bei der Geschäftsführung auf. Bei dieser Mitwirkung ist zu berücksichtigen, daß den Geschäftsführern und nicht dem Aufsichtsrat die Leitung des Unternehmens obliegt. Als Überwachungsorgan ist der Aufsichtsrat von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Demgemäß kann er seine Vorstellungen durch Mitplanung und Beratung oder bei den über den gewöhnlichen Geschäftsbetrieb hinausgehenden wichtigeren Geschäften durch einen Vorbehalt seiner Zustimmung entsprechend § 111 Abs. 4 AktG einbringen.

Das Zustimmungsrecht ist im Zusammenhang mit dem Weisungsrecht der Gesellschafter in Geschäftsführungsangelegenheiten gem. §§ 37 und 45 GmbHG zu sehen. Ordnen die Gesellschafter in Form eines einfachen Beschlusses ein Geschäft an, zu dem der Aufsichtsrat die ihm vorbehaltene Zustimmung verweigert, setzt sich die einfache Mehrheit der Gesellschafter gegen die Zustimmungsverweigerung durch. Ebenso hat im umgekehrten Fall auf Wunsch der Gesellschafterversammlung ein Geschäft zu unterbleiben, auch wenn der Aufsichtsrat seine Zustimmung erteilt hat³⁾.

1) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 22 und 23.

2) Mertens in Hach., GmbHG, § 35 Rdn. 8.

3) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 7.

Der Vorgang, daß die Gesellschafter einer Entscheidung des Aufsichtsrates die Wirkung nehmen, ließe sich theoretisch so oft wiederholen, daß dem Aufsichtsrat in allen bedeutsamen Fragen keine Durchsetzungsmöglichkeit verbliebe. Diese Überlegung macht deutlich, daß es einen Punkt geben muß, an dem das an sich zulässige Verhalten der Gesellschafterversammlung qualitativ umschlägt und unzulässig wird.

Das die Veränderung in der Beurteilung verursachende Element wird zunächst als rein quantitatives erfaßt. Man stelle sich hierzu eine Skala vor, deren einer Endpunkt etwa der folgenden Aussage die Bewertung "zulässig" zordnet:

Dem Aufsichtsrat wird durch § 111 AktG i.V.m. § 77 BetrVG kein Überwachungsmonopol eingeräumt¹⁾, so daß die Gesellschafter die Geschäftsführung parallel überwachen und im Einzelfall per Weisung eine Entscheidung des Aufsichtsrates außer Kraft setzen können.

Das andere Ende der Skala soll auf eine Aussage der Art zutreffen:

Die Gesellschafter kontrollieren ständig den Aufsichtsrat, um seine ihnen mißliebigen Entscheidungen sämtlich aufzuheben.

Im Hinblick auf die relative Unbeweglichkeit der in der Gesellschafterversammlung zusammengefaßten Gesamtheit der Gesellschafter bei größeren Gesellschaften sei jenes Verhalten der Gesellschafter zudem damit plastisch gemacht, daß sie ein von Arbeitnehmervertretern freies

1) Dietz-Richardt, § 77 Rdn. 24.

Konkurrenzorgan - Beirat im Sinne dieser Arbeit - einrichten, das alle Funktionen des mitbestimmten Aufsichtsrates parallel wahrnehmen und sich im Kollisionsfall infolge seiner Ableitung von der höherrangigen Gesellschafterversammlung gegenüber dem Aufsichtsrat behaupten soll.

Die Skala muß ein derartiges Verfahren als "unzulässig" einstufen, weil der Aufsichtsrat unter solchen Umständen seine gesetzliche Aufgabe nicht erfüllen kann, obwohl seine Stellung auf die beschriebene Weise formal nicht angetastet wird.

Das definitionsmäßige Ende der Skala ist also eine absichtliche Ausschaltung des Aufsichtsrates. Der kritische Punkt des Umschlagens von Zulässigkeit in Unzulässigkeit ist dann zwischen den Endpunkten anzunehmen, wobei die zu denkenden Zwischenstufen der Skala eine - nicht pro Eingriff, sondern in der Gesamtwertung - immer intensivere Hintansetzung des Aufsichtsrates ausdrücken sollen.

Wenn nun eine Zunahme der Eingriffe in die Aufsichtsrats-sphäre auch sicherlich an den kritischen Punkt heranführt, so ist der Moment des qualitativen Umschlages doch ebenso sicher nicht allein mengenmäßig zu errechnen. Es bedarf vielmehr weiterer Kriterien, um die Veränderung in der Bewertung begründen zu können.

Als Zwischenergebnis sei noch einmal wiederholt, daß die Satzung die gesetzlichen Befugnisse des obligatorischen Aufsichtsrates nicht verringern kann. Zusätzlich ist festgestellt, daß die der Gesellschafterversammlung als oberstem Organ der Gesellschaft zustehenden Rechte nicht ausgespielt werden dürfen, um den satzungsmäßig dann formal nicht beeinträchtigten Aufsichtsrat gezielt jeder Wirkung zu berauben.

Bezogen auf sich überschneidende Arbeitsfelder eines obligatorischen Aufsichtsrates und eines fakultativen Zusatzorgans Beirat formuliert Schilling¹⁾, daß die Beiratstätigkeit die unternehmerische Mitbestimmung der Arbeitnehmer nicht aushöhlen dürfe. Damit nennt er zwar keinen inhaltlich weiterführenden Gesichtspunkt, wohl aber den allgemeinen Leitgedanken.

Konkrete Argumente lassen sich hingegen einem Urteil des LG Köln²⁾ entnehmen, in dem das LG unter Berufung auf Rutenfranz³⁾ den zum Teil auch aus der obigen Skala ersichtlichen Maßstab, daß der Beirat einen aufgrund des BetrVG gebildeten Aufsichtsrat nur unterstützen, nicht aber ausschalten darf, an den Beirat einer AG anlegt. Festzuhalten ist die hierzu gegebene Erläuterung, daß eine Behinderung des Aufsichtsrates anzunehmen sei, wenn dem Aufsichtsrat Informationen vorenthalten werden oder wenn der Beirat Teilbereiche zur Überwachung an sich zieht⁴⁾.

Hommelhoff und Timm stimmen in ihrer Kritik dieses Urteils⁵⁾ darin zu, daß jedenfalls solche Zusatzorgane in Widerspruch zum Aktienrecht stehen, deren Existenz und Tätigkeit die Funktion eines der gesetzlichen Gesellschaftsorgane beeinträchtigen. Nach ihrer Auffassung ist die Kompetenz des Aufsichtsrates indessen nicht erst dann verletzt, wenn die tatsächliche Ausübung sei-

1) In Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 23.

2) AG 76, 329 f.

3) NJW 65, 238, 239.

4) A.a.O., S. 330.

5) AG 76, 329, 330.

ner Befugnisse beschnitten wird, sondern schon dann, wenn das Interesse der Aufsichtsratsmitglieder an der Ausübung korrumpiert wird¹⁾. Wird für die Anteilseignerseite durch einen Beirat eine effektive Kontrolle gewährleistet, werde sie kein sonderliches Interesse an einer Überwachung durch den Aufsichtsrat mehr haben.²⁾

Neben den vom LG Köln aufgezeigten, von der Gesellschaftsform an sich unabhängigen Tatbeständen einer Behinderung des Aufsichtsrates kann der Ansatz von Hommelhoff und Timm für die GmbH übernommen werden, weil er ohne spezifisch aktienrechtliche Grundlage die allgemeine Erkenntnis wiedergibt, daß ein von zwei Seiten beschicktes Gremium auf das stimulierende Eigeninteresse³⁾ keiner Seite verzichten kann. Die Fähigkeit und der Wille zur Wahrnehmung seiner Funktion müssen erlahmen, wenn seine Initiativen nur von einem Teil seiner Mitglieder getragen werden.

Zusammengefaßt sind für die Skala somit folgende Bausteine gewonnen, die bereits vor dem als vorsätzliche Ausschaltung des Aufsichtsrates definierten Skalenendpunkt einer Ausübung von Rechten der Gesellschafter das Prädikat "unzulässig" zuordnen.

Der Aufsichtsrat muß nicht völlig überlagert werden; es genügt, wenn er im Wege einer Sonderzuständigkeit von

1) AG 76, 329, 331.

2) Zustimmung Immenga, ZGR 77, 249, 267; Lippert, JuS 78, 90, 92.

3) Hommelhoff-Timm, AG 76, 329, 331.

der Überwachung eines Teilbereiches verdrängt wird.

Die Informationsrechte des Aufsichtsrates dürfen satzungsgemäß nicht vermindert werden; die Gesellschafter dürfen auch nicht im Einzelfall per Weisung die Berichtspflicht der Geschäftsführer einschränken; sie dürfen schließlich keine Organisationsgestaltung wählen, die die Überwachungsarbeit des Aufsichtsrates faktisch behindert. Die Prüfung eines tatsächlichen Informationsentzuges ist ein wichtiges Zulässigkeitskriterium für den Fall, daß die Gesellschafter einen Beirat mit eigenständigen Überwachungsrechten ausstatten.

Endlich verschieben sich die Gewichte auch dann in Richtung der Unzulässigkeit, wenn die Gesellschafter ein zusätzliches Überwachungsorgan einrichten, das ohne sonstige Rechte gegenüber dem Aufsichtsrat die für die Anteilseignerseite interessanten Kontrollaufgaben in einem Umfang erledigt, der deren Beteiligung an dem mitbestimmten Aufsichtsrat zur Formsache werden läßt.

Hierbei wird der Nachweis, daß die Gesellschafter mit dem Konkurrenzorgan den Aufsichtsrat stillschweigend umgehen, allerdings einigen Schwierigkeiten begegnen, da eine Vermehrung der organschaftlichen Überwachungsfunktionen allein nicht zu beanstanden ist¹⁾. Man verfügt aber über ein aussagekräftiges Indiz, wenn die Gesellschafter nicht nur einen oder mehrere Bereiche, an denen

1) Rigoroser sind die Überlegungen in der Begründung zu § 107 RegE GmbHG. Die Überwachungsfunktion wird als Kernstück der Aufgaben selbst eines freiwillig gebildeten AR erachtet. Die Überwachung soll einem anderen Gesellschaftsorgan nicht neben dem AR eingeräumt werden können, weil auch durch solche nur nebeneingeordnete Überwachungsfunktionen anderer Organe die Rechte und Pflichten eines AR wesentlich beeinträchtigt und damit seine Funktionen überhaupt in Frage gestellt würden.

sie ein besonderes Interesse haben, zusätzlich überwachen, sondern die Überwachung durch den Beirat der des Aufsichtsrates weitgehend oder sogar vollständig parallel laufen lassen. Ferner spricht es deutlich für eine unzulässige Konkurrenz, wenn eine sich über einen längeren Zeitraum erstreckende Beobachtung ergibt, daß die Anteilseignervertreter im Aufsichtsrat praktisch nur noch anwesend sind, sich aber im wesentlichen passiv verhalten, keine Impulse mehr einbringen oder gar Aktivitäten des Aufsichtsrates zu unterbinden suchen.

Der Versuch einer weiteren Orientierung an Überlegungen, die das Verhältnis des Aufsichtsrates einer AG zu einem Beirat betreffen, hat sich die unterschiedlichen Strukturen von AG und GmbH zu gegenwärtigen.

Das AktG hat die Beziehung zwischen Hauptversammlung, Aufsichtsrat und Vorstand in so differenzierter Weise ausbalanciert und alle zur inneren Organisation der AG erforderlichen Funktionen auf diese Organe übertragen, daß z.B. Mertens¹⁾ annimmt, die AG könne weitere als die im Gesetz vorgesehenen Organe nicht bilden.

Beiräte könnten aktienrechtlich statthaft lediglich vom Vorstand eingesetzt werden, der ihnen zu ihrer erlaubten Beratungstätigkeit bestimmte Aufgaben übertragen könne, soweit diese delegationsfähig seien²⁾. Außerdem könne noch der Aufsichtsrat einen Beirat als Beratungsgremium heranziehen, aber nur im Rahmen seiner Vertretung der Gesellschaft gegenüber den Vorstandsmitgliedern und auch nur für einzelne Beratungsgegenstände. Dauernde Gremien ohne konkreten Gegenstandsbezug könne der Aufsichtsrat nicht schaffen³⁾.

1) In KK z. AktG, Vorbem. § 76 Anm. 20.

2) Mertens, a.a.O., Anm. 21.

3) Mertens, a.a.O., Anm. 21; vgl. bezüglich der beratenden Beiräte bei Aktiengesellschaften im übrigen Voormann, S. 12 f.

Hervorzuheben ist vor allem die Aussage, daß ein Beirat nicht in Konkurrenz zu den gesetzlichen Organen der AG treten könne, weil das AktG Beiräte mit organschaftlichen Funktionen nicht zulasse¹⁾.

Rutenfranz²⁾ gibt neben einem vollständig mit der gesetzlichen Höchstzahl besetzten Aufsichtsrat einem Beirat mit Überwachungsfunktion keinen Raum mehr³⁾.

Insgesamt kann es als herrschende Auffassung betrachtet werden, daß einem aktienrechtlichen Beirat keine Funktionen zugewiesen werden können, die vom AktG zwingend dem Vorstand, dem Aufsichtsrat oder der Hauptversammlung übertragen sind⁴⁾. Widersprechende Regelungen seien nichtig⁵⁾.

Das Problem der Abgrenzung der Zuständigkeiten des Aufsichtsrates gegenüber einem durch die Hauptversammlung legitimierten Sondergremium bzw. der Hauptversammlung selbst steht also im Aktienrecht unter anderen Vorzeichen, als sie im Recht der GmbH für eine Abgrenzung gegenüber der Gesellschafterversammlung gegeben sind. Deutlich unterstrichen wird die verschiedenartige Problemstellung dadurch, daß das Aktienrecht mit Ausnahme des § 119 Abs. 2 AktG geschäftsführende Maßnahmen des Anteilseignerorgans nicht kennt, während die Gesellschafterversammlung durch ihr Weisungsrecht in Geschäftsführungsangelegenheiten direkt eingreifen kann.

1) Mertens in KK z. AktG, Vorbem. § 76 Anm. 21.

2) NJW 65, 238, 239.

3) Nicht so entschieden v. Godin-Wilhelmi, § 95 Anm. 2: "zusätzliche Überwachung möglich" und Meyer-Landrut in GK z. AktG, § 95 Anm. 7: "kaum Raum für überwachende Beiratstätigkeit".

4) Baumbach-Hueck, AktG, Überblick vor § 76 Anm. 8; v. Godin-Wilhelmi, § 95 Anm. 2; Meyer-Landrut in GK z. AktG, § 95 Anm. 7; Konow, DB 66, 332 f.

5) Baumbach-Hueck, AktG, Überblick vor § 76 Anm. 8; Konow, J.B.O., S. 333.

Da die Gesellschafterversammlung ihr zustehende Befugnisse auf ein besonderes Organ übertragen kann, sind die auf der im AktG festgelegten Funktionszuordnung gründenden Beschränkungen einer Zuständigkeitsverschiebung keine geeignete Vergleichsgröße für die Ermittlung des Freiraumes für den Beirat einer GmbH. Die weitere Untersuchung muß sich daher der Frage zuwenden, welche Grenzen der Gesellschafterversammlung selbst bei der Organisation ihrer Gesellschaft gezogen sind.

Zuvor bleibt jedoch noch zu würdigen, daß ein Aufsichtsrat die Entfaltungsmöglichkeiten für einen Beirat nicht nur dadurch beeinflußt, daß die dem Aufsichtsrat mitbestimmungsrechtlich garantierten Mindestpositionen der statutarischen Organisationsgestaltung Schranken auferlegen. Da es sich bei den Zuständigkeiten nach § 77 BetrVG 52 nicht um einen abschließenden Katalog handelt¹⁾, können die Gesellschafter dem Aufsichtsrat weitere Zuständigkeiten zuweisen, so daß dieser einem Beirat auch in dem Maße Boden zu entziehen vermag, in dem er das Bedürfnis nach einer zusätzlichen organschaftlich verselbständigten Aufgabenwahrnehmung absorbiert.

Sofern die Art der ins Auge gefaßten Aufgaben nicht nach einem zweiten Zusatzorgan verlangt, haben die Gesellschafter also die Wahl, entweder einen Beirat ins Leben zu rufen oder die Kompetenzen des obligatorischen Aufsichtsrates zu vergrößern. Die Entscheidung für eine Erweiterung der Aufgaben und Befugnisse des Aufsichtsrates bedeutet indessen nicht bloß ein erweitertes Mitspracherecht und somit eine Besserstellung der Arbeitnehmervertreter²⁾.

W. Schmidt³⁾ hat den Gesichtspunkt formuliert, daß sich

1) Schneider, BB 73, 1464, 1465.

2) Naendrup, ArbuR 77, 225, sieht allerdings - wenn auch im Bereich des MitbestG - eher Tendenzen zur Bekämpfung oder Vermeidung von Mitbestimmung; Voormann, S. 27, nennt entsprechende Bemühungen eine quasi unausbleibliche Konsequenz lückenhafter Gesetzesbestimmungen.

3) In Hach., GmbHG, (6. Aufl.), § 52 Anh. I Anm. 8.

aus erweiterten Kompetenzen eine für die Arbeitnehmervertreter unzumutbare weitere Verantwortlichkeit und Haftung ergeben kann. Maßgebend für die Prüfung der Zumutbarkeit im Einzelfall soll ein Vergleich mit der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung sein. Was der Gesetzgeber den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat einer AG zumute und an Obliegenheiten anvertraue, das könne ebenso für die GmbH gelten.

M.E. ist eine solche Übertragung von zusätzlichen Aufgaben auf den Aufsichtsrat trotz der hierdurch bedingten höheren Verantwortung jedenfalls dann unbedenklich, wenn sie in einem Sachzusammenhang mit Aufgaben stehen, die das BetrVG dem Aufsichtsrat zuweist. Es lassen sich so Arbeitsgebiete komplex zusammenfassen, ohne daß sich die vorrangige Ausrichtung des Aufsichtsrates auf die Arbeitnehmerbelange ändert.

Verdeutlicht werden soll dies an zwei Beispielen.

Nach § 112 AktG i.V.m. § 77 BetrVG 52 vertritt der Aufsichtsrat die Gesellschaft gegenüber den Geschäftsführern gerichtlich und außergerichtlich. Seine Vertretungsbefugnis umfaßt aber nicht die Bestellung und Abberufung. Dieser Akt der körperschaftlichen Willensbildung erfolgt in der Gesellschafterversammlung, die die Gesellschaft auch bei der Erklärung der Bestellung oder Abberufung gegenüber dem Erklärungsempfänger vertritt¹⁾.

Zunächst findet sich für die herangezogene Materie eine Komplexbildung, die vom Aufsichtsrat fortführt. Ausgangspunkt ist, daß die enge Verknüpfung Bestellung und Anstellung als Einheit erscheinen läßt. Unterstützend kommt die Erwägung hinzu, daß die Personalhoheit der Gesellschafterversammlung nicht durch die Weigerung des Aufsichtsrates unterlaufen werden darf, adäquate Anstellungsverträge mit den von der Gesellschafterversamm-

1) BGHZ 52, 316, 321.

lung bestellten Geschäftsführern abzuschließen¹⁾. Folgt man dieser Argumentation, liegt auch die Zuständigkeit für den Anstellungsvertrag trotz der Verweisung in § 77 BetrVG 52 auf § 112 AktG bei der Gesellschafterversammlung²⁾. Der Gedanke der Zusammengehörigkeit von Bestellung und Anstellung sowie die Zuständigkeit des aktienrechtlichen Aufsichtsrates nach § 84 AktG lassen umgekehrt keine unzumutbare Belastung der Arbeitnehmervertreter erkennen, wenn die Aufgabe der Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer statutarisch mit der Vertretungsbefugnis zusammengezogen wird³⁾.

Ferner hat der Aufsichtsrat aufgrund der Verweisung in § 77 BetrVG 52 auf § 171 AktG ohnehin den Jahresabschluß und, soweit vorhanden, den Geschäftsbericht und den Gewinnverwendungsvorschlag der Geschäftsführer zu prüfen und darüber an die Gesellschafter zu berichten. Gleichermaßen wie bei der Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer rechtfertigen hier die unmittelbare Verbindung mit § 171 und die aktienrechtliche Zuständigkeit des Aufsichtsrates eine Befassung des obligatorischen GmbH-Aufsichtsrates mit der Feststellung des Jahresabschlusses entsprechend § 172 AktG⁴⁾.

2. Der Aufsichtsrat nach dem MitbestG

Maßgebend für die Stellung des nach dem MitbestG vorgeschriebenen Aufsichtsrates sind die in § 25 MitbestG aufgeführten Bestimmungen. Bereits ein erster Blick zeigt, daß der Einfluß dieses Aufsichtsrates gegenüber

1) Sacker, LfE 77, 1845, 1847.

2) Vgl. Sacker, a.a.O., S. 1847 Fn. 24, und Zöllner, ZGR 77, 319, 321 f., insbesondere auch Fn. 4, jeweils m. w.N.; a.A. Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 131, der für den Abschluß des Anstellungsvertrages eine Vertretungsbefugnis des AR nach Maßgabe eines den Inhalt festlegenden Gesellschafterbeschlusses annimmt.

3) Für eine Übertragbarkeit auf den AR W. Schmidt in Hach., GmbHG, (6. Aufl.), § 52 Anh. I Anm. 8 und Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 10.

4) In dem Sinne W. Schmidt in Hach., GmbHG, (6. Aufl.), § 52 Anh. I Anm. 8 und Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 10.

dem des Aufsichtsrates nach dem BetrVG wesentlich verstärkt ist.

Innerhalb der in § 25 Abs. 1 MitbestG genannten Bestimmungen beinhaltet vor allem das Recht zur Bestellung und Abberufung der Mitglieder des Vertretungsorgans nach § 31 MitbestG einen deutlichen Eingriff in die Machtstruktur der GmbH. Darüber hinaus wird die GmbH dem wichtigsten Teil der den Aufsichtsrat betreffenden aktienrechtlichen Vorschriften unterworfen, soll nach der ausdrücklichen Anordnung des § 25 Abs. 2 MitbestG im übrigen aber ihre rechtsformspezifischen Merkmale behalten.

Da sowohl der Aufsichtsrat nach dem BetrVG als auch der nach dem MitbestG unter Berücksichtigung der Eigenart der GmbH an das aktienrechtliche Aufsichtsratsmodell anknüpfen, kann hinsichtlich der Funktion und der unverzichtbaren Befugnisse auf den für den Aufsichtsrat nach dem BetrVG gefundenen Erkenntnissen aufgebaut werden. Zu prüfen ist daher lediglich, in welcher Weise die durch das MitbestG vorgenommene besondere Ausformung des Aufsichtsrates die bisher ermittelten Rahmenbedingungen für einen Beirat verändert.

Hierzu sei zunächst noch einmal der Leitgedanke dieser Stufe der Untersuchung vergegenwärtigt, daß die Zuständigkeiten und Befugnisse eines Aufsichtsrates die eines Beirates begrenzen. Als fakultatives Zusatzorgan ohne gesetzliche Befugniszuweisung legitimiert sich der Beirat allein anhand der Rechte, die ihm die Gesellschafter übertragen. Deshalb kann es nicht ohne Auswirkungen auf den Beirat bleiben, wenn die am Aufsichtsrat ansetzende Mitbestimmung die Berechtigung der Gesellschafterversammlung zur weitgehend freien Gestaltung des Innenverhältnisses der Gesellschaft einschränkt oder Anforderungen an Rechte der Gesellschafter stellt. In dem Umfang, in dem das MitbestG die Macht der Gesellschafter

abschwächt, beschneidet es zugleich den für einen Beirat vorhandenen Entfaltungsraum. Der Stellenwert der durch das MitbestG entstandenen Veränderung in der Herrschaftsstruktur der GmbH erschließt sich aus der Kollision des Weisungsrechtes der Gesellschafterversammlung in Geschäftsführungsangelegenheiten mit § 111 Abs. 4 AktG, wonach die Satzung oder der Aufsichtsrat bestimmen können, daß bestimmte Arten von Geschäften nur mit Zustimmung des Aufsichtsrates vorgenommen werden dürfen.

Für Reich-Lewerenz¹⁾ hat der Gesetzgeber durch die Anwendung des § 111 AktG auf die GmbH das Verhältnis der Organe nach dem Vorbild der AG geregelt. Weisungsrechte und Geschäftsführungsbefugnisse der Gesellschafter seien mit dieser Kompetenzverteilung nicht mehr vereinbar. § 111 Abs. 4 AktG erhalte für die GmbH erst dann einen Sinn, wenn man gleichzeitig entsprechend dem inhaltlich mit dieser Norm eng zusammenhängenden § 119 Abs. 2 AktG bei der mitbestimmten GmbH eine eigene Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für die Geschäftsführung ausschließe.

Der Aufsichtsrat wird so von einem Organ der Gesellschaft als rechtlicher Assoziationsform von Gesellschaftern zu einem interessenpluralistisch zusammengesetzten Entscheidungsorgan²⁾.

Die mit dieser Anschauung einhergehende Qualitätsveränderung des Aufsichtsrates hat als Grundentscheidung hinsichtlich der Verfassung der mitbestimmten GmbH weitreichende Auswirkungen³⁾, da alle von der Gesellschafterversammlung abgeleiteten und ihre Kompetenz aus deren Vor-

1) Reich, B1StSozArbR 76, 176, 181, und Reich-Lewerenz ArbR 76, 261, 272 und 355.

2) Reich, B1StSozArbR 76, 177.

3) Reuter-Körnig, ZHR 140, 494, 497, sehen in der von Reich-Lewerenz propagierten organrechtlichen Angleichung der mitbestimmten GmbH an die AG eine Veränderung des GmbH-Rechtes, wie sie tiefgreifender kaum vorstellbar sei.

rangstellung legitimierenden Gremien entfallen. Beispielsweise sind Konzernbeiräte in abhängigen Unternehmen, die als Transformator des Konzernwillens fungieren, nicht mehr möglich. Im faktischen Konzern werden auf die Satzung gestützte Weisungen unzulässig, die in die Sachkompetenz des mitbestimmten Aufsichtsrates eingreifen¹⁾.

Auch Naendrup²⁾ vertritt die Auffassung, daß das MitbestG in § 25 Abs. 1 Nr. 2 den Entscheidungsvorrang der Gesellschafterversammlung und damit ihre Allzuständigkeit im Rahmen der §§ 45 und 46 Nr. 6 GmbHG ersatzlos aufhebe. Naendrup begründet seine Ansicht u.a., indem er die Formulierung des § 3 Abs. 2 MontanMitbestG, daß auf den Aufsichtsrat einer mitbestimmten GmbH die Vorschriften des Aktienrechtes sinngemäß Anwendung finden, mit dem in § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG gegebenen unmodifizierten Verweis auf das AktG vergleicht³⁾. Er folgert hieraus eine strikte Anwendung und Geltung aktiengesetzlicher Aufsichtsratsvorschriften, die nur bedeuten könne, daß die Zuständigkeitsordnung des GmbH-Rechtes insgesamt aufsichtsratskonform ausgestaltet werde. Zudem zwingt der Gesichtspunkt einer funktionalen Schlüssigkeit zu einer Auslegung, durch die ein Loyalitätskonflikt der Geschäftsführer vermieden werde. Damit diese durch ihr konkretes Entscheidungsverhalten abgelten können, wozu sie durch ihre Wahl vom mitbestimmten Aufsichtsrat legitimiert wurden, müsse die Entscheidungsmacht im Aufsichtsrat der GmbH unter Verdrängung der extrem gegenläufigen GmbH-Gesellschafterkompetenz zentriert werden⁴⁾.

1) Beide Beispiele stammen von Reich-Lewerenz, ArbuR 76, 261, 274.

2) ArbuR 77, 225 ff. und 268 ff.

3) A.a.O., S. 231 f.

4) A.a.O., S. 232.

Eine von Reuter-Körnig¹⁾ vorgenommene Modifikation, die für Naendrup²⁾ und Mertens³⁾ allerdings gesetzess-positiv nicht zu verifizieren ist, will die Gestaltungsfreiheit in der mitbestimmten GmbH als volkswirtschaftlich nützlich wenigstens teilweise erhalten.

Reuter-Körnig unterscheiden eine Vertrags-GmbH als Rechtsform zur Koordination individueller Interessen, in der die Gesellschafter die Kompetenzen nach ihren unternehmenswirtschaftlich erheblichen persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten regeln, von einer Satzungs-GmbH, in der versucht werde, in Konkurrenz zum sozialgestaltenden Gesetzgeber für im einzelnen noch unbestimmte Trägerpersonen Sonderrecht zu schaffen⁴⁾. Während die Gewährleistung des sachlichen Zweckes der mitbestimmten Satzungs-GmbH einer Übernahme der aktienrechtlichen Kompetenzordnung nicht entgegenstünde, gebiete bei der Vertrags-GmbH die Funktion als personengebundene Tätigkeitsgemeinschaft, die sich auch auf die Geschäftsführung erstreckende Gestaltungsfreiheit aufrechtzuerhalten⁵⁾.

Wesentlich für das Verständnis der angesprochenen Meinungen ist deren Ausgangsüberlegung, die das MitbestG als Ausdruck eines sozialpolitischen Zweck-, nicht eines rechtsstaatlichen Eingriffs- (Konditional-) Programmes⁶⁾ wertet. Der organisatorisch-formale Inhalt des MitbestG wird als Prozeßpolitik zur Verwirklichung einer sozialstaatlichen Zielsetzung⁷⁾ begriffen. Die inhaltliche Realisierung des durch das Gesetz vorgegebenen Mitbestimmungsgedankens - der Mitbestimmungstelos - sei die maßgebende Richtlinie für die Auslegungsarbeit⁸⁾.

1) ZHR 140, 494 ff.

2) ArbuR 77, 268, 273 Fn. 114.

3) In Hach., GmbHG, § 35 Rdn. 35.

4) A.a.O., 509 f.

5) Vgl. dazu noch die (generell gültige) rechtspolitische Apologie der personalistisch verfaßten Unternehmen von Martens, AG 82, 113, 122.

6) Naendrup, ArbuR 77, 225, 234.

7) Reich-Lewerenz, ArbuR 76, 261, 263 f.

8) Naendrup, a.a.O., S. 234.

Die Beurteilung jener Auffassungen hat zu bedenken, daß bei einem Teil der GmbH tatsächlich Bedingungen zu finden sind, die denen einer AG sehr nahe kommen¹⁾. Das erklärt zum einen die mitunter zu beobachtenden Hilfsüberlegungen, die den Eindruck erwecken - der auch in der von Reuter-Körnig entworfenen Differenzierung anklingt -, als sei die GmbH einmal eine "Personengesellschaft m.b.H.", dann wieder eher eine "Aktiengesellschaft m.b.H." Zum anderen ist in Anbetracht dieser Sachlage Hommelhoff²⁾ zuzustimmen, wenn er ausführt, daß der Gedanke einer Übertragung des aktiengesetzlichen Organisationsstatutes durch das MitbestG auf die "große" GmbH sich wegen der strukturellen Gemeinsamkeiten nicht kurzerhand abweisen lasse. Rechtspolitisch gesehen liegt zudem eine Konstruktion, die der Geschäftsführung einen Aufsichtsrat mit einer von "Einmischung" per Weisung freien Entscheidungsmöglichkeit gegenüberstellt, sicherlich in der Tendenz des MitbestG. In die gleiche Richtung weist die Aussage Schillings³⁾, daß die GmbH wie überhaupt jedes Unternehmen mit Überschreitung einer gewissen Größengrenze eine Qualitätsveränderung erfahre, mit der die gesamtwirtschaftliche Verantwortung der Unternehmensleitung steige und mithin mehr Selbständigkeit gegenüber den Anteilseignern erfordere.

Die entscheidende Bedeutung dürfte aber der Überlegung Hommelhoffs zukommen, daß das MitbestG wohl kaum die herausragend bedeutsame, das gesamte Kompetenzgefüge beeinflussende Eigenverantwortlichkeit des Vorstandes für die Geschäftsführer durch einen ganz versteckten Verweis auf § 111 Abs. 4 S. 3 AktG einführen wollte⁴⁾.

Da ein Ausschluß von der Geschäftsführung einen schwerwiegenden Eingriff in die "Herr-im-Hause- Situation" der

1) Es gibt sogar einige GmbH, die von ihrer Größe und Bedeutung her viele AG übertreffen, Trouet, DB 82, 29.

2) ZGR 78, 119, 130.

3) In Hach., GmbHG, Allg. Einl. A Rdn. 52.

4) ZGR 78, 119, 132.

Gesellschafter in der nicht mitbestimmten GmbH bedeutet, kann es m.E. nicht als ausreichend angesehen werden, daß diese Anordnung im Wege der Interpretation und der Argumentation mit einem Mitbestimmungstelos gefunden werden kann¹⁾. Es wäre vielmehr eine eindeutige Regelung durch den Gesetzgeber zu erwarten²⁾.

Das BVerfG hat hinsichtlich der Anforderungen an eine rechtsstaatliche Gesetzesgestaltung zum Ausdruck gebracht, daß der Gesetzgeber in den Fällen, in denen die Formung des gesetzlichen Tatbestandes wenig Schwierigkeiten bereitet, besonders gehalten ist, wenigstens seinen Grundgedanken, das Ziel seines gesetzgeberischen Wollens, vollkommen deutlich zu machen³⁾.

Der fehlende Verweis auf die Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsführung nach §§ 76 Abs. 1, 119 Abs. 2 AktG spricht so in der Tat entschieden dafür, daß die Geschäftsführer auch unter der Geltung des MitbestG von Gesellschafterweisungen abhängig bleiben sollen⁴⁾. Ebenso kann einem von der Gesellschafterversammlung eingesetzten Beirat die Entscheidung über Geschäftsführungsangelegenheiten zugewiesen sein⁵⁾.

Zu einer Bestätigung seiner Bewertung gelangt Hommelhoff aufgrund einer Untersuchung der vom MitbestG geformten Stellung der Geschäftsführer⁶⁾. Mit ihrer Bestellung durch den Aufsichtsrat und der Abberufung nur aus wichtigem Grund einschließlich des Gegengewichtes der befristeten Amtsperiode habe ihnen das MitbestG die unabhängige Stellung

-
- 1) Nach Hölters, GmbH-Rdsch. 80, 50, ist jeder derartige Deutungsversuch bereits deshalb zum Scheitern verurteilt, weil der Gesetzgeber die Arbeitnehmermitbestimmung - bei der Entstehung des MitbestG unumstritten - auf die bestehende gesellschaftsrechtliche Ordnung aufpflanzen wollte, ohne damit zugleich eine neue unternehmensrechtliche Grundkonzeption vorzulegen.
 - 2) So auch Schneider, BB 73, 1464, 1469, mit dem zusätzlichen Hinweis, daß eine die Gesellschafterversammlung entrechtende Änderung der Gesellschaftsstruktur sich auch dem RegE GmbHG nicht entnehmen lasse; Trouet, DB 82, 29, 33.
 - 3) BVerfGE 17, 306, 314.
 - 4) Vgl. Hommelhoff, ZGR 78, 119, 132.
 - 5) Schneider, BB 73, 1464, 1469.
 - 6) ZGR 78, 119, 132 - 139, 155.

des aktienrechtlichen Vorstandes übertragen. Damit sei aber nicht rechtlich zwingend eine Eigenverantwortlichkeit der Geschäftsführung verbunden. Da sich eine klare Grenzlinie zwischen dem Autonomiebereich der Geschäftsführer und dem Weisungsvorrang der Gesellschafter nicht einmal ansatzweise entdecken ließe, würde eine derartige Organisationsgestaltung einen fortwährenden Machtkampf bedeuten¹⁾.

Die Gesellschafter hätten vielmehr in den Entscheidungsbereichen Unternehmenspolitik und außergewöhnliche Maßnahmen ihre im Normalstatut der mitbestimmungsfreien GmbH begründeten Zuständigkeiten behalten. Bezüglich der laufenden Geschäftsführung könnten die Gesellschafter allenfalls Einzelweisungen erteilen, denen die Geschäftsführer aber nicht zu folgen brauchten, wenn etwa Arbeitnehmerbelange unzumutbar beeinträchtigt würden.

Hommelhoff mißt damit den von den Geschäftsführern zu beachtenden Grenzen der Geschäftsführung eine Bindungswirkung auch gegenüber den Gesellschaftern zu.

Die Geschäftsführung in der GmbH wird üblicherweise²⁾ als Vornahme aller Handlungen definiert, die im Rahmen des gewöhnlichen Unternehmensbetriebes liegen. Gesellschaftsinterne Maßnahmen, die über diesen Rahmen hinausgehen, insbesondere Entscheidungen über die Grundsätze der Unternehmenspolitik und außergewöhnliche Betriebs-handlungen fallen nur dann in das Ressort der Geschäftsführung, wenn den Geschäftsführern die Zuständigkeit dafür ausdrücklich eingeräumt ist.

Mertens³⁾ hat sich eingehend mit der These Hommelhoffs vom weisungsfreien Mindestbereich der Geschäftsführer ausein-

1) ZGR 78, 119, 136.

2) Vgl. z.B. Mertens in Hach., GmbHG, § 37 Rdn. 3.

3) In Hach., GmbHG, § 37 Rdn. 8, 9, 11 und 12.

andergesetzt. Er legt überzeugend dar, daß ein autonomer Entscheidungsspielraum der Geschäftsführer praktisch undurchführbar und unvereinbar mit dem Prinzip ist, daß in der GmbH die Gesellschafter die Herren der Gesellschaft sind. Die Gesellschafter könnten vielmehr überall da Weisungen erteilen, wo das Gesetz oder die Satzung nichts anderes vorschreiben. Daran habe auch das MitbestG nichts geändert.

Verneint man einen Eingriff des MitbestG in die die Geschäftsführung betreffenden Rechte der Gesellschafter, ist eine Einschränkung anhand der Inhalte der Geschäftsführung erst recht nicht akzeptabel. Ein die laufende Geschäftsführung nicht voll umfassendes Weisungsrecht würde für das Durchsetzungsvermögen der Gesellschafter eine empfindliche Lücke bedeuten, denn gerade am gewöhnlichen Geschäftsbetrieb zeigt sich, ob ihre unternehmerischen Vorstellungen Theorie bleiben oder konkret umgesetzt werden.

Als Zwischenbilanz ist somit festzuhalten, daß das MitbestG in den Geschäftsführungsangelegenheiten weder die Rechte der Gesellschafter insgesamt aufhebt noch einen Teilbereich vom Einfluß der Gesellschafter ausnimmt.

Mit diesem Ergebnis ist jedoch noch nicht geklärt, welche Bedeutung das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrates in der Herrschaftsstruktur der nach dem MitbestG mitbestimmten GmbH hat.

Hommelhoff meint, daß die beibehaltene Entscheidungskompetenz der Gesellschafter auch gegenüber dem Aufsichtsrat fortwirke, und schließt für alle Beschlußgegenstände der Gesellschafter eine auf das Zustimmungsrecht gestützte Geschäftsführungskontrolle des Aufsichtsrates aus¹⁾. Dessen Zustimmungsvorbehalt komme nur zum Zuge, wenn die Geschäftsführer in den Entscheidungsprozeß mitentscheidend eingeschaltet seien²⁾.

1) Hommelhoff, ZGR 78, 119, 142 ff.

2) A.a.O., S. 145 f.

Es ist indessen zweifelhaft, ob eine solche Annahme prinzipiell kontrollfester und mitentscheidungsfeindlicher Gesellschafterentscheidungen unter der Geltung des MitbestG gerechtfertigt ist, das unbestreitbar die Möglichkeiten zur Wahrung der Arbeitgeberbelange verbessern will.

Bei der Vertretung der Arbeitnehmerinteressen liegt eine der Schwerpunktaufgaben darin, die arbeitsplatzrelevanten Entwicklungen in der Gesellschaft für die Arbeitnehmerseite vorhersehbar zu machen¹⁾. Dieser Zweck des Überwachungsrechtes spricht dafür, die Kontrolle des Aufsichtsrates auf jedes Organ zu beziehen, das funktionell Geschäftsführung ausübt²⁾.

Halbwegs in der Richtung bewegt sich auch Hommelhoff³⁾, indem er den Zustimmungsvorbehalt trotz aller Abgrenzungs- und Nachweisprobleme auch dann zum Zuge kommen lassen will, wenn die Geschäftsführer eine Maßnahme in die Wege leiten, über sie jedoch nicht formell beschließen, sondern sich von den Gesellschaftern durch Weisung das aufgeben lassen, was sie selbst ausführen möchten. Wenn die an sich den Aufsichtsrat ausschaltende Gesellschafterweisung in jenem Fall unbeachtlich sein kann, fragt sich, ob eine funktional verstandene Geschäftsführungskontrolle des Aufsichtsrates nicht eher generell keine Entrechtung der Gesellschafter in ihrer "Herr-im-Hause-Stellung" beinhaltet, die an der fehlenden eindeutigen gesetzlichen Einführung scheitern muß.

M.E. bleibt in Anbetracht der nach § 111 Abs. 4 S. 4 AktG gegebenen Letztentscheidungsmöglichkeit als gewichtiges Argument nur die eintretende Entscheidungsverzögerung,

1) So etwa Schneider, BB 73, 1464, 1469.

2) Vgl. hinsichtlich dieser von Schneider, a.a.O., wohl nur im Hinblick auf einen Beirat mit Geschäftsführungsaufgaben formulierten These o.S. 21 Fn. 1 und zu dem Gedanken, daß die Kontrolle speziell des nach dem MitbestG gebildeten AR auf die Geschäftsführung im materiellen Sinn zu beziehen ist, noch Theisen, BB 80, 1243, 1247 m.w.N.

3) Hommelhoff, ZGR 78, 119, 146.

wenn der Aufsichtsrat auch die Initiativen der Gesellschafter in den Geschäftsführungsangelegenheiten überwacht.

Bedenkt man, daß der Aufsichtsrat wie jedes Organ der Funktionsfähigkeit des Unternehmens verpflichtet ist und zudem aufgrund seiner paritätischen Zusammensetzung sowie des Stichentscheidungsrechtes des in aller Regel von der Anteilseignerseite gestellten Aufsichtsratsvorsitzenden nach § 29 Abs. 2 MitbestG wohl kaum ein geeigneter Ort für eine "Blockadepolitik"¹⁾ um ihrer selbst willen²⁾ sein dürfte, läßt sich dieser Entscheidungsverzögerung positiv eine Warnfunktion beimessen.

Das Zustimmungsrecht des Aufsichtsrates begreift sich dann als Mittel, um in der mitbestimmten GmbH übereilte Entscheidungen zu verhindern und die Arbeitnehmer vor Überraschungen zu schützen.

Für Hoffmann-Lehmann-Weinmann³⁾ läuft das Zustimmungserfordernis des § 111 Abs. 4 AktG im Ergebnis darauf hinaus, daß sich der Aufsichtsrat nur das Recht auf eine vorherige Anhörung vorbehalten könne.

Die in § 111 Abs. 4 S. 3 AktG dem Vorstand eingeräumte Möglichkeit, im Falle einer Zustimmungsverweigerung des Aufsichtsrates die Hauptversammlung gleichsam als Schiedsrichter anzurufen, paßt nach ihrer Ansicht nicht auf die durch einen Widerspruch zwischen Gesellschafterweisung und Zustimmungsverweigerung in der GmbH entstehende Situation. § 111 AktG regle in Abs. 4 S. 3 und 4 nicht einen Konflikt zwischen Weisungsrechten der Gesellschafter und einem Zustimmungsrecht des Aufsichtsrates, sondern einen Konflikt zwischen dem Vorstand und dem Aufsichtsrat einer AG, in der die Anteilseigner nicht von sich aus, sondern

1) Derartige Befürchtungen äußert ansatzweise Hommelhoff, ZGR 78, 119, 143 f.

2) Alle Auseinandersetzungen um der Sache willen gehören hingegen notwendig zu einem von zwei Seiten mit nicht identischen Interessen beschickten Gremium.

3) § 25 Rdn. 92 f.

aufgrund des § 119 Abs. 2 AktG erst nach Anrufung gem. § 111 Abs. 4 S. 3 AktG entscheiden dürfen.

Der Widerspruch zwischen Gesellschafterweisung und Zustimmungsverweigerung des Aufsichtsrates sei eher dem in § 308 AktG geregelten Konflikt vergleichbar, der sich aus einer Weisung der herrschenden AG ergibt, die im Aufsichtsrat der beherrschten Gesellschaft eine Zustimmungsverweigerung erfährt. Daß gem. § 308 Abs. 3 S. 2 AktG die herrschende Gesellschaft durch eine Wiederholung ihrer Weisung die fehlende Zustimmung des Aufsichtsrates der beherrschten Gesellschaft ersetzen kann, zeige, daß der Gesetzgeber von einem Vorrang des Weisungsrechts eines herrschenden Gesellschafters vor einer Zustimmungsverweigerung des Aufsichtsrates ausgehe.

Hoffmann-Lehmann-Weinmann wollen allerdings auch nicht § 308 Abs. 3 AktG analog anwenden, da die Gesellschafter einer GmbH vielfach nicht juristische Personen mit einem eigenen Aufsichtsrat seien, dessen Zustimmung entsprechend § 308 Abs. 3 letzter Halbsatz zu einer Wiederholung der Weisung eingeholt werden könne.

Sie gehen deshalb davon aus, daß eine Weisung der GmbH-Gesellschafter stets uneingeschränkten Vorrang vor einer Zustimmungsverweigerung des Aufsichtsrates habe und ziehen daraus die Schlußfolgerung, daß eigentlich eine Zustimmung des mitbestimmten Aufsichtsrates nicht erforderlich sei. Das Zustimmungsrecht sei letztlich lediglich ein - allerdings satzungsfestes - Anhörungsrecht, dessen Bedeutung sie offenbar in der fachlichen Autorität des Aufsichtsrates begründet sehen¹⁾.

Martens formuliert insoweit, daß der abweichende, aber überspielbare Entscheidungsbeitrag des Aufsichtsrates eine erhebliche Signalwirkung habe²⁾.

1) Hoffmann-Lehmann-Weinmann, § 25 Rdn. 93 a.E.

2) AG 76, 113, 122.

Folgt man der Auffassung eines uneingeschränkten Vorranges der Gesellschafterweisungen vor Zustimmungsrchten des Aufsichtsrates¹⁾, ergeben sich für die Abgrenzung gegenüber der Gesellschafterversammlung und einem organschaftlichen Beirat in diesem Punkt für den Aufsichtsrat nach dem MitbestG keine anderen Kriterien als für den Aufsichtsrat nach dem BetrVG.

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß § 25 Abs. 1 Nr. 2 MitbestG unzweideutig auf § 111 Abs. 4 AktG verweist²⁾. Dieser Umstand zwingt zu der Annahme, daß der Gesetzgeber einen qualifizierten Beschluß nach § 111 Abs. 4 S. 4 AktG von mindestens drei Vierteln der abgegebenen Stimmen verlangt, wenn das Weisungsrecht der Gesellschafter sich gegenüber einer verweigerten Zustimmung des Aufsichtsrates durchsetzen soll³⁾.

Es ist somit zwischen einem auf einfachem und einem auf qualifiziertem Mehrheitsbeschluß beruhenden Weisungsrecht zu unterscheiden. Diese Aufspaltung hat unmittelbare Konsequenzen für ein Zusatzorgan.

Das durch § 25 MitbestG i.V.m. § 111 Abs. 4 AktG modifizierte Weisungsrecht muß von der Gesellschafterversammlung selbst ausgeübt werden. Es kann weder einem Beirat noch einem Gesellschafterausschuß übertragen werden, da die mitbestimmungsrechtlich der GmbH auferlegte Warnfunktion des Aufsichtsrates gebietet, daß die Gesamtheit der

1) In diesem Sinne auch Zöllner, ZGR 77, 319, 327 f.; Meilicke-Meilicke, §§ 25 - 29 Anm. 42; Trouet, DB 82, 29, 32 und 34; so wohl auch Holters, BB 75, 197, 199.

2) Mertens, ZGR 77, 270, 282, schließt ein Redaktionsversehen ausdrücklich aus.

3) Für das qualifizierte Mehrheitserfordernis ebenso Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 11; Fitting-Wlotzke-Wißmann, § 25 Anm. 69; Raiser, § 25 Rdn. 81; Ballerstedt, ZGR 77, 133, 153; Duden, ZHR 141, 145, 178; Eder, GmbH-Rdsch. 78, 217, 218 f.; Mertens, ZGR 77, 270, 282. Vgl. schließlich noch BVerfGE 50, 290, 346 f.

Gesellschafter sich mit den Argumenten auseinandersetzt, die den Aufsichtsrat zur Versagung seiner Zustimmung veranlaßt haben. Nur eine qualifizierte Entscheidung des Gesamtgans kann die Überspielung einer Entscheidung des mitbestimmten Aufsichtsrates rechtfertigen¹⁾.

Ein Beirat kann jedoch das Recht erhalten, bestimmte Geschäfte an die Zustimmung der Gesellschafterversammlung zu binden.

Durch die Regelung des § 111 Abs. 4 AktG i.V.m. § 25 MitbestG wird das Recht der Gesellschafter nicht berührt, mit einfacher Mehrheit ein Geschäft zu verbieten²⁾.

Overlack³⁾ weist zutreffend darauf hin, daß in einem solchen Fall eine Konfliktsituation schon deshalb ausgeschlossen ist, weil der Vorgang dann dem Aufsichtsrat nicht zur Zustimmung vorgelegt werden kann.

Zu untersuchen bleibt, ob sich außerhalb des Komplexes des Zustimmungsrechtes aus dem MitbestG weitere Gesichtspunkte ergeben, die den Freiraum für ein von den Gesellschaftern eingerichtetes Zusatzorgan einschränken.

Wie bereits erwähnt, weist das MitbestG in § 31 das Recht zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer zwingend dem Aufsichtsrat zu. § 46 Nr. 5 GmbHG wird insoweit durch eine mitbestimmungsrechtliche Anordnung verdrängt.

Ebenso wie bei der für das BetrVG vertretenen Auffassung⁴⁾ sind Bestellung und Anstellung wiederum als Einheit zu betrachten, so daß auch für den Abschluß des Anstellungsvertrages einschließlich späterer Änderungen und Ergänzungen von einer ausschließlichen Zuständigkeit des Aufsichtsrates auszugehen ist⁵⁾.

1) Vgl. Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 12 und 13; Meyer-Landrut in GK z. AktG, § 111 Anm. 19.

2) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 12.

3) ZHR 141, 125, 143.

4) S.o. S. 32 f.

5) Fitting-Wlotzke-Wißmann, § 31 Anm. 35 m.w.N.

Da es ein Wertungswiderspruch des Gesetzes wäre, den Gesellschaftern die Befugnis zur Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer zu nehmen, ihnen die Personalkompetenz unterhalb der Ebene der Geschäftsführung hingegen zu belassen, muß ferner § 46 Nr. 7 GmbHG als durch § 31 MitbestG konkludent aufgehoben gelten¹⁾.

Das MitbestG verhindert aber nicht bloß die Einsetzung des geschäftsführenden Personenkreises durch einen Beirat. Während fraglich ist, ob und in welchen Grenzen die Satzung einer mitbestimmten GmbH überhaupt Eignungsvoraussetzungen für die Geschäftsführer aufstellen kann, besteht jedenfalls darin Übereinstimmung, daß statutarische Festlegungen die Auswahlmöglichkeit des Aufsichtsrates nicht praktisch vereiteln dürfen²⁾. Deshalb dürfte auch eine Satzungsbestimmung, die die Wahl von einer Billigung eines Beirates abhängig macht, als unzulässige Beeinträchtigung der Auswahlfreiheit des Aufsichtsrates zu werten sein.

Die Situation der Geschäftsführer wird unter dem MitbestG also dadurch geprägt, daß der Aufsichtsrat darüber entscheidet, ob und wie lange jemand dem Organ angehören kann, während die Gesellschafter nach wie vor das Recht zur Entlastung der Organmitglieder gem. § 46 Nr. 5 GmbHG haben und zudem jedem von ihnen, d.h. auch dem nach § 33 MitbestG voll in das Gesamtorgan Geschäftsführung integrierten Arbeitsdirektor³⁾, Weisungen

1) So Fitting-Wlotzke-Wißmann, § 31 Anm. 7, und Säcker, DB 77, 1845, 1848; a.A. Hommelhoff, ZGR 78, 119, 137 Fn. 44.

2) Vgl. etwa Fitting-Wlotzke-Wißmann, § 31 Anm. 11; Hoffmann-Lehmann-Weinmann, § 31 Rdn. 25; Raiser, § 31 Rdn. 9; Mertens in Hach., GmbHG, § 35 Rdn. 38, der eine Bindung an statutarische Qualifikationserfordernisse nur für die Anteilseignervertreter im AR annimmt; Säcker, DB 77, 1791, 1792, für den satzungsmäßige Eignungsvoraussetzungen mit § 31 MitbestG schlechthin unvereinbar sind.

3) Fitting-Wlotzke-Wißmann, § 33 Anm. 4; Overlack, ZHR 141, 125, 141.

erteilen können. Diese gewollte Abhängigkeit der Geschäftsführung von den beiden gesellschaftlichen Gremien Aufsichtsrat und Gesellschafterversammlung könnte zu zusätzlichen Schranken der Übertragbarkeit von Rechten der Gesellschaft auf einen Beirat führen.

V.Mettenheim¹⁾ meint zwar, daß sich Mitbestimmung ausschließlich durch die Zuständigkeit eines mitbestimmten Organs für die Bestellung der Geschäftsführer vollziehe; das Weisungsrecht der Gesellschafter werde nur durch den Zustimmungsvorbehalt des Aufsichtsrates beschränkt. Die Gesellschafter einer paritätisch mitbestimmten GmbH könnten daher ihr Recht, die Geschäftsführung zu überwachen und nicht nur anhand von Richtlinien, sondern auch durch Einzelweisungen ad hoc zu lenken, auch durch einen nicht mitbestimmten Beirat ausüben lassen.

Dagegen unterscheidet Säcker²⁾ eine zulässige satzungsmäßige Zuweisung der der Gesellschafterversammlung insgesamt zustehenden Rechte an einen oder mehrere Gesellschafter von der Einräumung von Sonderrechten zur Führung oder Kontrolle der Geschäfte an gesellschaftsfremde Dritte. Er sieht in der Einrichtung einer mit externen Managern besetzten mitbestimmungsfreien "Obergeschäftsführung" eine unzulässige Degradierung der vom Aufsichtsrat bestellten Geschäftsführer zu Befehlsempfängern³⁾. Das MitbestG setze dem Außeneinfluß eines mitbestimmungsfreien Fremdmanagements zwingende Grenzen. Nichtgesellschafter könnten geschäftsleitende oder überwachende Funktionen nur übernehmen, wenn sie vom Aufsichtsrat oder von der Geschäftsführung der GmbH im Rahmen einer dezentralen Organisation des Unternehmens beauftragt worden seien.

1) DB 77, 447, 450.

2) DB 77, 1845, 1846.

3) Sich anschließend Fitting-Wlotzke-Wißmann, § 25 Anm. 64; in diesem Sinne auch Hommelhoff, ZGR 78, 119, 153 Fn. 108.

Für das Verständnis der Auffassung Säckers ist wichtig, daß er unter Anschluß an die von Zöllner¹⁾ geprägte Formulierung, es sei mit dem MitbestG unvereinbar, die Geschäftsführer lediglich als Marionetten der Gesellschafterversammlung zu etablieren, von einer Weisungsfreiheit der Geschäftsführer in den laufenden "gewöhnlichen" Alltagsgeschäften ausgeht²⁾. Mertens³⁾ verteidigt die auch in dieser Arbeit vertretene grundsätzliche Ablehnung einer solchen Weisungsfreiheit⁴⁾ mit dem Hinweis, daß die Möglichkeit zu Gegenvorstellung und Anregung eines Zustimmungsverfahren nach § 111 Abs. 4 AktG gegenüber dem Aufsichtsrat eine derartige Aushöhlung der Geschäftsführerstellung zur Marionette verhindere.

Weiterhin erscheint die von Säcker vorgenommene Unterscheidung, daß die Besetzung eines gegenüber den Geschäftsführern weisungsbefugten Beirates mit Gesellschaftern zulässig, mit Nichtgesellschaftern jedoch unzulässig sein soll, mit der Teleologie des MitbestG nicht zwingend begründbar. Das MitbestG setzt zwingend fest, daß die Geschäftsführer vom Aufsichtsrat bestellt werden. Die hieran anknüpfenden Schlußfolgerungen auf die Stellung der Geschäftsführer dürfen indessen nicht überdehnt werden.

Den Geschäftsführern obliegt zunächst ohnehin die gesetzliche Vertretung der Gesellschaft und die Erfüllung der ihnen durch das GmbHG zwingend auferlegten Amtspflichten⁵⁾. Während in der nicht mitbestimmten GmbH die Geschäftsführung nach innen in den Händen der Gesellschafter - und damit auch der Mitglieder eines Beirates oder eines fakultativen Aufsichtsrates - liegen kann⁶⁾, kommt im Geltungsbereich des MitbestG den Geschäftsführern auch

1) ZGR 77, 319, 325.

2) DB 77, 1845, insbesondere Fn. 4.

3) In Hach., GmbHG, § 37 Rdn. 11.

4) S.o. S. 41.

5) S. dazu die Ausführungen unter C. I. 2.

6) Schilling in Hach., GmbHG, (6. Aufl.), § 35 Anm. 34; Hölters, GmbH-Rdsch. 80, 50, 52.

im Innenverhältnis der Gesellschaft die Führung der Geschäfte einschließlich des Vollzuges von Gesellschafterbeschlüssen zu.

Mit der Bestellung der Geschäftsführer durch den Aufsichtsrat ist also eine unmittelbare stellvertretende Wahrnehmung der den Geschäftsführern zugewiesenen Aufgaben, d.h. der auf Eigeninitiative oder Weisung beruhenden Führung aller Geschäfte der GmbH, durch die Mitglieder eines wie auch immer besetzten Beirates ausgeschlossen. Zugleich stellt diese Legitimation einen - wenn auch mittelbaren - Einfluß der Arbeitnehmerseite auf die Geschäftsführung sicher.

Darüber hinaus sind die Geschäftsführer jedoch dem Weisungsrecht der Gesellschafter in der Form unterworfen, in der die Gesellschafterversammlung als oberstes Organ der GmbH die Weisungsbefugnis festlegt.

Bei dieser Sachlage ist aber nicht ersichtlich, warum die Weisung eines Fremdmanagers, der das Vertrauen der Gesellschafter besitzt und von ihnen mit Weisungsbefugnis ausgestattet wurde, gegen das MitbestG verstoßen soll.

Die Übertragbarkeit von Weisungsrechten auf Nichtgesellschafter verkürzt die der Arbeitnehmerseite aufgrund der §§ 25 MitbestG, 111 Abs. 4 AktG gegebenen Rechte nicht. Genau wie bei einer durch die Gesellschafter erteilten Weisung, ein bestimmtes Geschäft vorzunehmen, kann sich die Geschäftsführung auch bei einer Weisung durch externe Manager an den Aufsichtsrat wenden. Unterwirft der Aufsichtsrat die Angelegenheit seiner Zustimmung, verwirklicht sich die Mitbestimmung in beiden Fällen durch das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheitsentscheidung der Gesellschafterversammlung, da das modifizierte Weisungsrecht weder auf Nichtgesellschafter noch auf Gesellschafter übertragbar ist.

Der Umstand, daß die Arbeitnehmervertreter infolge des Stichentscheides des Aufsichtsratsvorsitzenden den Zustimmungsvorbehalt nicht in jedem Fall durchsetzen können, mag hierbei durchaus eine Schwachstelle ihrer Position bedeuten. Diese Schwäche ist aber im MitbestG selbst angelegt und kann deswegen nicht dadurch korrigiert werden, daß man im Interesse der Mitbestimmung Nichtgesellschaftern Weisungsrechte versagt, um wenigstens einen Außeneinfluß auf die Gesellschaft zu verhindern.

Damit ist festzustellen, daß das MitbestG im Bereich des einfachen Weisungsrechtes keine Bindung der Rechtsausübung an die Gesellschafter bewirkt¹⁾. Das MitbestG steht insoweit also Bestrebungen nicht entgegen, über die Einrichtung eines Beirates Nichtgesellschaftern Organbefugnisse zuzuerkennen²⁾.

Die Untersuchung der obligatorischen Aufsichtsräte schließt mit einer Übersicht, die die den Freiraum für einen Beirat begrenzenden mitbestimmungsrechtlichen Einschränkungen der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter in Form von Leitsätzen zusammenfaßt:

- * Die Satzung kann die gesetzlichen Befugnisse des Aufsichtsrates nicht verringern.
- * Rechte der Gesellschafterversammlung dürfen nicht planmäßig gegen den Aufsichtsrat mit dem Ziel ausgespielt werden, diesem summiert die Wirkungsmöglichkeiten zu entziehen und ihn dadurch - nicht formal, aber faktisch - auszuschalten.

1) Für eine Übertragbarkeit des Weisungsrechtes auf Nichtgesellschafter aus mitbestimmungsrechtlicher Sicht auch Hoffmann-Lehmann-Weinmann, § 33 Rdn. 31, sowie Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 30.

2) Dieser Zweck wird von Teichmann, S. 75, als "die alte Idee des Beirates" bezeichnet.

- * In ihrem Kerngehalt heißt Mitbestimmung Teilnahme der Arbeitnehmer an der organschaftlichen Überwachung der Gesellschaft.

Insbesondere darf demzufolge die Tätigkeit eines Beirates die Arbeit des Aufsichtsrates nicht behindern oder diesem gar Informationen vorenthalten; die Überwachung des Aufsichtsrates muß sich auf alle gesellschaftlichen Abläufe erstrecken.

- * Ein als zusätzliches Überwachungsorgan eingerichteter Beirat darf nicht Aufsichtsratsfunktionen in einem Ausmaße parallel wahrnehmen, das das Interesse der Anteilseignerseite an der Funktion des obligatorischen Aufsichtsrates in Frage stellt.

- * Das MitbestG weist den gesamten Komplex der Einsetzung des geschäftsführenden Personenkreises dem Aufsichtsrat zu.

Diese Zuständigkeit verbietet die Beteiligung eines anderen Organs an der Führung der Geschäfte auch im Innenverhältnis der Gesellschaft.

- * Das Weisungsrecht der Gesellschafter setzt sich sowohl unter dem BetrVG als auch unter dem MitbestG gegenüber dem Zustimmungsrecht des Aufsichtsrates durch.

In der Modifizierung durch § 25 MitbestG muß das Weisungsrecht jedoch von der Gesellschafterversammlung selbst ausgeübt werden.

Ein Ausschluß der Nichtgesellschafter von gesellschaftlicher Herrschaftsmacht ist mitbestimmungsrechtlich nicht herzuleiten.

3. Der fakultative Aufsichtsrat

In § 52 GmbHG stellt der Gesetzgeber eine Regelungshilfe für den Fall zur Verfügung, daß die Gesellschafter in dem nicht der Mitbestimmung unterfallenden Bereich ein besonderes Organ zur Überwachung der Geschäftsführung einrichten wollen.

Die Satzung kann jedoch die Überwachungsfunktion auch auf mehrere Organe verteilen oder sie auch mehreren Organen gleichzeitig verleihen¹⁾.

Bei mehreren Zusatzorganen gilt dann, daß die GmbH immer nur einen Aufsichtsrat haben kann. Im Zweifel ist dies dasjenige Gremium, bei dem nach dem Willen der Gesellschafter der Schwerpunkt der Überwachung liegt²⁾. Sieht die Satzung noch ein zusätzliches Organ mit Überwachungsaufgaben vor, muß es einen anderen Namen tragen³⁾.

Hat eine nicht mitbestimmte GmbH nur ein Zusatzorgan, sind an die Namenswahl über den Umstand hinaus, daß die Bezeichnung Aufschluß über die Aufgabe des Organs geben sollte, keine Folgerungen zu knüpfen. Da alle fakultativen Zusatzorgane einer GmbH in ihrer Zusammensetzung und ihren Befugnissen völlig vom Gesellschafterwillen abhängen, kann dasselbe Organ ohne sonstige Veränderung auch als "Beirat" firmieren⁴⁾ oder ebenso ganz anders benannt werden. Bei nur einem Zusatzorgan können sich also keine Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen fakultativem Aufsichtsrat und Beirat ergeben⁵⁾.

Bei mehreren Organen hingegen soll, wie bereits in der

-
- 1) Diese Möglichkeit wollte der RegE GmbHG allerdings durch eine zwingende Zuständigkeit des AR für die Überwachung der Geschäftsführung ersetzen, die nur das Überwachungsrecht der Gesellschafter selbst unberührt lassen sollte.
 - 2) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 15.
 - 3) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 16.
 - 4) Rutenfranz, NJW 65, 238, 239; Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 17 a.E.; besonders deutlich W. Schmidt in Hach., GmbHG, (6. Aufl.), § 52 Anm. 4; Scholz-Schneider, GmbHG, 6. Aufl., § 52 Anm. 3.
 - 5) Hölters, S. 9, formuliert insoweit, daß der fakultative AR mit dem Beirat identisch sei, und behandelt den fakultativen AR als Beirat im Sinne seiner Untersuchung.

Einleitung festgelegt, die Bezeichnung "Aufsichtsrat" allein einem gem. § 52 GmbHG geformten Organ vorbehalten bleiben.

Die anschließenden Ausführungen gehen also von einem Nebeneinander zweier Zusatzorgane aus.

Während die Abgrenzung zwischen Beirat und Aufsichtsrat bei den obligatorischen Aufsichtsräten auf mitbestimmungsrechtliche Überlegungen gestützt werden konnte, fehlt eine vergleichbare Argumentationsbasis für die Grenzziehung zwischen dem fakultativen Aufsichtsrat und einem Beirat.

Die Gesellschafter können, wie gesagt, über die sich aus dem dispositiven § 52 GmbHG ergebenden Zuständigkeiten nach ihrem Gutdünken verfügen, so daß hier die gegenüber den obligatorischen Aufsichtsräten benutzte Fragestellung von vornherein ausscheidet, ob bestimmte Beiratsbefugnisse in den geschützten Mindestbereich des Aufsichtsrates eingreifen.

Auch die mögliche personelle Zusammensetzung begründet kein Unterscheidungskriterium. Für beide Organe kann die Satzung gleiche Bestimmungen für eine Mitgliedschaft aufstellen, wie etwa die, daß nur Abkömmlinge eines Gründers dem Organ angehören können¹⁾. Ebenso besteht kein Grund für eine unterschiedliche Behandlung der Frage einer Organmitgliedschaft von Nichtgesellschaftern.

Die nachfolgende Betrachtung muß deshalb auf einer Typeneinteilung aufbauen, d.h. auf der Festsetzung, daß ein im Wege der Auslegung als Träger einer schwerpunktmäßigen Überwachungsfunktion ermitteltes Organ eben als fakultativer Aufsichtsrat und nicht als Beirat anzusprechen ist.

1) Vgl. Schilling in Huch., GmbHG, § 52 Rdn. 68.

Diese rein darstellungsmäßige Hilfsüberlegung ist jedoch mit keiner durchgehenden materiellen Abgrenzung verbunden, da bei einer hieran orientierten Satzungsgestaltung auch auf den Beirat die in § 52 GmbHG aufgeführten aktienrechtlichen Bestimmungen ganz oder teilweise entsprechend anzuwenden sein können¹⁾.

Dem fakultativen Aufsichtsrat gibt § 52 GmbHG eine Mittelstellung zwischen den Geschäftsführern und der Gesellschafterversammlung. Seiner zentralen Aufgabe als Organ zur Überwachung der Geschäftsführung gemäß gründen seine Rechte allein auf einer Überordnung über die Geschäftsführer. Gegenüber den Gesellschaftern hat er keine Kompetenzen, so daß sich deren Weisungsrecht uneingeschränkt durchzusetzen vermag.

Die Satzung kann den Umfang der Überwachungsbefugnisse des fakultativen Aufsichtsrates beschneiden, ihm beispielsweise das Recht versagen, gem. § 111 Abs. 4 S. 2 AktG bestimmte Arten von Geschäften seiner Zustimmung zu unterwerfen.

Die Überwachungsbefugnisse dürfen dem Aufsichtsrat jedoch nicht gänzlich genommen werden, weil das Organ ansonsten seine Eigenschaft als Aufsichtsrat im Sinne des § 52 GmbHG verliert²⁾. Ein "Aufsichts"rat, der keine Aufsicht ausüben kann, wäre ja wohl auch - mindestens von der Bezeichnung her - etwas seltsam.

1) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 16.

2) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 122; Scholz-Schneider, GmbHG, 6. Aufl., § 52 Anm. 36: "Überwachung gehört zu den Grundfunktionen" und Anm. 59: "zu den unabdingbaren Aufgaben des AR"; deutlicher noch Scholz, GmbHG, 5. Aufl., § 52 Anm. 25: "sonst ist der AR kein solcher"; Feine, S. 556; Sudhoff, GmbH-Rdsch. 67, 158, 162. Für dieses Ergebnis läßt sich weiterhin ein Umkehrschluß aus §§ 91 Abs. 1 S. 2 i.V.m. 107 Abs. 1 S. 2 RegE GmbHG anführen, wobei aber zu beachten ist, daß der RegE die Überwachung der Geschäftsführung dem AR - und zwar auch dem fakultativen - zwingend übertragen wollte.

Genau wie die Überwachungsbefugnis selbst kann für den fakultativen Aufsichtsrat anders als für die obligatorischen Aufsichtsräte das in § 90 Abs. 3, 4 und 5 S. 1 und 2 AktG niedergelegte Recht auf Berichterstattung nicht nur erweitert, sondern auch verringert werden. Teilen die Gesellschafter die Überwachungsfunktion innerhalb der GmbH, indem sie einem Beirat eine Sonderzuständigkeit zur Überwachung bestimmter Geschäfte übertragen, bestimmt sich die Berichterstattungspflicht nach dieser Aufgabenverteilung.

Bei der Entscheidung für eine solche Gestaltung ist zu berücksichtigen, daß eine zwingende Publikationspflicht nach § 52 Abs. 2 GmbHG in Betracht kommen kann, soweit eine derartige Sonderzuständigkeit zu einer aufsichtsratsähnlichen Stellung des Beirates führt¹⁾. Außerdem kann die aufsichtsratsähnliche Tätigkeit aufgrund des § 10 Nr. 3 Körperschaftsteuergesetz 1977 die Abzugsfähigkeit der Beiratsvergütungen als Betriebsausgaben der GmbH beeinträchtigen²⁾.

Innerhalb des dem Aufsichtsrat durch die Satzung zugewiesenen Aufgabenbereiches können die Gesellschafter die Berichtspflicht an den Aufsichtsrat nicht einschränken. Dies ergibt sich aus der auch darüber hinaus einen Mindestbereich des fakultativen Aufsichtsrates absteckenden Grundüberlegung, daß die Gesellschafter, wenn sie einen Aufsichtsrat wollen, ihm auch die uneingeschränkte Erfüllung seiner Überwachungspflicht ermöglichen müssen³⁾.

Da in § 52 Abs. 1 GmbHG auf § 171 AktG nicht verwiesen wird, trifft den fakultativen Aufsichtsrat in der gesetz-

1) Vgl. LG Hildesheim, MDR 71, 139.

2) Einen Überblick über die steuerlichen Aspekte der Beiratsvergütung geben Skibbe, GmbH-Rdsch. 72, 180 ff. und Hölters, S. 55 ff.

3) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 57.

lichen Ausgestaltung im Gegensatz zu den obligatorischen Aufsichtsräten keine Pflicht zu einer Prüfung des Jahresabschlusses und eines etwaigen Geschäftsberichtes oder Gewinnverwendungsvorschlages der Geschäftsführer¹⁾.

Neben diesen Aussagen zu seiner Überwachungsfunktion ist für die Charakteristik eines fakultativen Aufsichtsrates wichtig, daß die Vertretungsbefugnis nach § 112 AktG gegenüber den Geschäftsführern statutarisch ganz oder teilweise beseitigt²⁾ oder ausgedehnt³⁾ werden kann. Gleichermaßen ist die Satzung nicht gehindert, dem fakultativen Aufsichtsrat entgegen § 111 Abs. 4 S. 1 AktG Maßnahmen der Geschäftsführung⁴⁾ oder das Weisungsrecht der Gesellschafter und damit die Oberleitung der Gesellschaft zu überantworten⁵⁾.

Eine solche Zuständigkeit verändert den Aufsichtsrat freilich qualitativ. Der Tatbestand einer von einer gleichzeitigen initiativen Entscheidungsbefugnis begleiteten Überwachungsfunktion entspricht nicht (mehr) dem durch § 111 AktG geprägten Bild eines herkömmlichen Aufsichtsrates, sondern dem einer Institution, die in der Hierarchie der Organe zur Spitze zu zählen ist. Der fakultative Aufsichtsrat gleicht dann vom Typus her dem Beirat, der sich innerhalb der gesellschaftlichen Herr-

1) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 124.

2) Scholz-Schneider, GmbHG, 6. Aufl., § 52 Anm. 104; Sudhoff, GmbH-Rdsch. 67, 158, 163.

3) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 127.

4) In Anbetracht des Umstandes, daß auch für die GmbH das Organisationsprinzip der Unvereinbarkeit einer Tätigkeit als Geschäftsführer und als Aufsichtsratsmitglied (§ 105 AktG) gilt - vgl. Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 78; Scholz, GmbHG, 5. Aufl., § 52 Anm. 17; Baumbach-Hueck, GmbHG, § 52 Anm. 2 G; a.A. Sudhoff, a.a.O., S. 162 f. und jetzt auch Scholz-Schneider, GmbHG, 6. Aufl., § 52 Anm. 160 -, erscheint trotz des generellen Überwachungsrechtes der Gesellschafter eine Übertragung von Maßnahmen der Geschäftsführung auf den fakultativen AR allerdings als nicht ganz unbedenklich.

5) Schilling in Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 126; Scholz-Schneider, GmbHG, 6. Aufl., § 52 Anm. 93 f.; Sudhoff, a.a.O., S. 162.

schaftsstruktur durch seine unmittelbare Ableitung aus den Rechten der Gesellschafter legitimieren kann. Die Beschäftigung mit den gesetzlich geregelten Zusatzorganen Aufsichtsrat nach dem BetrVG, Aufsichtsrat nach dem MitbestG und fakultativer Aufsichtsrat hat gezeigt, daß jedes dieser Organe durch seine Zuständigkeiten und Befugnisse organisatorische Richtwerte vorgibt, die den für einen Beirat als weiteres Nervenzentrum der Gesellschaft verfügbaren Freiraum beeinflussen. Umgekehrt wirkt der Beirat aber auch durch eine spezifische Wechselbeziehung auf das Zusatzorgan Aufsichtsrat, wobei drei Konstellationen zu unterscheiden sind:

Hat eine mitbestimmungsfreie GmbH nur ein fakultatives Zusatzorgan, ist mit der gewählten Bezeichnung kein zwingendes Erscheinungsbild verbunden. Die Gesellschafter können das Organ nach ihrem Ermessen in Anlehnung an § 52 GmbHG ausformen oder sich - im anschließend noch zu untersuchenden gesellschaftsrechtlichen Rahmen - von anderen Vorstellungen leiten lassen. Eine an § 52 GmbHG orientierte Überwachungsfunktion soll das Organ jedoch ausschließlich als fakultativen Aufsichtsrat klassifizieren.

Unterliegt die GmbH der Arbeitnehmer-Mitbestimmung, wird ihr durch das BetrVG oder durch das MitbestG ein entsprechendes Aufsichtsratsmuster vorgeschrieben, aus dem sich bestimmte Schranken der Freiheit der Gesellschafter bei der Gestaltung der Innenorganisation ihrer Gesellschaft ergeben¹⁾.

Besteht ein Beirat neben einem fakultativen Aufsichtsrat, liefert die zentrale Aufsichtsratsaufgabe der Überwachung

1) Um Wiederholungen zu vermeiden, wird hier im besonderen auf die o. S. 24 ff. entwickelte Skala und die Zusammenfassung der Leitsätze o. S. 51 f. verwiesen.

das aufgrund der fließenden Grenzen einzige zu einer Differenzierung taugliche Kriterium. Setzen die Gesellschafter statutarisch einen Aufsichtsrat ein, muß das Organ auch notwendig (und infolgedessen "beiratsfest") die zur Erfüllung seiner Überwachungspflicht erforderliche Stellung erhalten.

C. Die gesellschaftsrechtliche Gestaltungsbefugnis

Die bisherige Untersuchung stellte dem Organ Beirat das "andere" Zusatzorgan Aufsichtsrat gegenüber, um so den Untersuchungsgegenstand begrifflich näher zu fassen. Das Hauptaugenmerk lag hierbei bei Normen und Kriterien außerhalb des GmbHG; der topische Gesichtspunkt ist insoweit zu formulieren, daß diese gewissermaßen von außen an die GmbH herangetragenen Ordnungsgrößen verschachtelt sind mit denjenigen Rahmenbedingungen, die für einen Beirat aus dem Recht der GmbH zu entnehmen sind. Die systematische Betrachtung wendet sich nunmehr diesen inneren Bedingungen zu.

Ausgangspunkt ist eine Regel der innerkörperschaftlichen Gestaltungsbefugnis, der zufolge die Gesellschafter die Verfassung der GmbH ihren Bedürfnissen anpassen dürfen. Dieses Recht zu einer privatautonomen Gestaltung ist darauf zurückzuführen, daß das GmbHG neben den zwingenden abdingbare Normen enthält und manche vornehmlich das Innenverhältnis der Gesellschaft betreffende Fragen überhaupt nicht regelt. Zudem gewährleistet das Gestaltungsrecht die in § 1 GmbHG festgelegte Freiheit der Zweckverfolgung, nach der eine GmbH zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden kann¹⁾.

Die Befugnis, beim Aufbau der körperschaftlichen Organisation einen eigenen Lösungsweg zu beschreiten, hat ihre Wurzeln in der Vertragsfreiheit der Gesellschafter und muß daher wie jene dort enden, wo die rechtsgeschäftliche Normierung dem Willen des Gesetzgebers widersprechen würde.

1) Schilling in Hach., GmbHG, § 45 Rdn. 3.

I. Gesetzliche Einschränkungen des Gestaltungsrechtes

1. Die Vertretungsmacht der Geschäftsführer

So erfährt der Anspruch der Gesellschafter, die Inhalte der Zuständigkeiten statutarisch formen oder für eine Zuständigkeit den Träger frei aussuchen zu können, eine erste zwingende Einschränkung durch die Unübertragbarkeit der organschaftlichen Stellung der Geschäftsführer¹⁾ und die Unbeschränkbarkeit ihrer Vertretungsmacht.

Die Schranke der Unübertragbarkeit bedeutet, daß die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis nicht von dem Organ Geschäftsführung losgelöst, sondern nur im Wege einer gleichzeitigen Bestellung zum Geschäftsführer verliehen werden kann.

Unübertragbar ist insofern allerdings lediglich die komplexe Zuständigkeit unter Betonung des organschaftlichen Vertretungsrechtes. Es ist also nicht ausgeschlossen, daß die Gesellschafter einer mitbestimmungsfreien GmbH innergesellschaftlich die Führung der Geschäfte einem Beirat überantworten.

Auch die mit der Vertretungsmacht der Geschäftsführer zusammenhängende Problematik interessiert nur im Hinblick auf den möglichen Einsatzbereich eines Beirates.

Aus diesem Grunde bedürfen die gesellschaftlichen Regelungen der Vertretungsbefugnis wie die Anordnung einer Einzel- oder Gesamtvertretung oder einer sog. unechten Gesamtvertretung als Fall einer Bindung an die Mitwirkung eines Prokuristen keiner näheren Prüfung.

§ 37 Abs. 2 GmbHG versagt ausdrücklich einer Festsetzung, nach der für eine Vertretung die Zustimmung der Gesell-

1) BGHZ 13, 61, 65; BGHZ 64, 72, 76.

schafter oder eines Organs der Gesellschaft erforderlich ist, eine rechtliche Wirkung gegenüber dritten Personen.

Aus der Unbeschränkbarkeit der Vertretungsmacht läßt sich schließlich beiratsrelevant noch folgern, daß für die Handlungen der Geschäftsführer weder durch Satzung oder Gesellschafterbeschluß noch kraft des Beschlusses eines sonstigen Organs Formvorschriften aufgestellt werden dürfen¹⁾.

2. Die gesetzlichen Pflichten der Geschäftsführer

Auf eine weitere Einschränkung trifft das Gestaltungsrecht der Gesellschafter angesichts der der Geschäftsführung als Organ gesetzlich zugewiesenen Pflichten.

Als die wichtigsten Beispiele solcher Verpflichtungen der Geschäftsführer sind zu nennen die Pflicht, den gesetzlichen Vorschriften über die Publizität der Gesellschaft nachzukommen und die notwendigen Anmeldungen gegenüber dem Handelsregister vorzunehmen; die Pflicht zur Erhaltung der gesellschaftlichen Kapitalgrundlage gem. den §§ 30 und 33 GmbHG; die Pflicht zur Sorge für eine ordnungsmäßige Buchführung und Aufstellung des Jahresabschlusses gem. § 41 GmbHG; die Pflicht zur Erfüllung steuerlicher Obliegenheiten²⁾; endlich die Pflicht nach § 64 GmbHG, gegebenenfalls die Eröffnung eines Konkurs- oder eines gerichtlichen Vergleichsverfahrens zu beantragen³⁾.

Soweit das Gesetz den Geschäftsführern im Interesse der Gläubiger der Gesellschaft und der Öffentlichkeit Pflichten auferlegt, kann die Satzung sie grundsätzlich nicht

1) Mertens in Hach., GmbHG, § 37 Rdn. 42.

2) Vgl. § 34 Abgabenordnung.

3) Vgl. Mertens in Hach., GmbHG, § 37 Rdn. 7.

von dieser Verantwortung befreien und auch keine ihrer Verpflichtungen einem anderen Organ übertragen.

Außerhalb der genannten Einschränkungen legt das Organ Geschäftsführung dem Organisationsrecht der Gesellschafter keine Fesseln an, so daß eine einen Beirat berührende Einengung der Gestaltungsfreiheit nur noch von Bindungen der Gesellschafterversammlung ausgehen kann.

Als das neben der Geschäftsführung einzige nach dem GmbHG zwingend vorgeschriebene Organ ist die bereits unter dem mitbestimmungsrechtlichen Beziehungsaspekt als zentrale gesellschaftliche Macht herausgearbeitete Gesamtheit der Gesellschafter originär zuständig für jede organschaftliche Tätigkeit, die nicht durch einen obligatorischen Aufsichtsrat oder durch das Organ Geschäftsführung kanalisiert wird. Die in diesem Rahmen anfallende Organarbeit müssen die Gesellschafter entweder - üblicherweise zur Gesellschafterversammlung zusammentretend - selbst erledigen oder kraft Satzung übertragen. So wie kein Recht schrankenlos ist, sind jedoch auch für die Befugnis der Gesellschafter zu einer solchen Übertragung Grenzen anzunehmen, die im folgenden ermittelt werden sollen.

Die Übertragung kann die Zuständigkeit eines vorhandenen Organs erweitern oder den Geschäftsbereich eines zusätzlichen Gesellschaftsorgans, also eines Beirates, festlegen. Thematisiert wird der letztere Fall, und zwar zunächst in der Konstellation, daß alle Gesellschafter einverständlich einen mit Gesellschaftern besetzten Beirat einschalten wollen.

Bei dieser Sachlage muß die privatautonome Gestaltungsbezugnis den weitesten Spielraum finden, da die Gesellschafter sich voll und ganz auf der Vertragsebene bewegen. Insbesondere kann der nach herkömmlicher Auffassung die Gesellschaftsform der GmbH benutzende Typus des geschäftsge-

wandten und darum keines besonderen gesellschaftsrechtlichen Schutzes bedürftigen Gesellschafters¹⁾ auch in für ihn nachteilige Regelungen einwilligen²⁾.

Vorläufig ausgeklammert werden die Problemkreise einer Organmitgliedschaft von Nichtgesellschaftern und der Schranken von Mehrheitsentscheidungen, weil das, was in allseitigem Einvernehmen nicht begründet werden kann, erst recht nicht in einem Abstimmungsverfahren und nicht auf Nichtgesellschafter übertragbar ist.

Endgültig werden im übrigen die Gestaltungsschranken aus der Betrachtung eines einverständlich gewollten Beirates vorab ausgeschieden, die sich die Gesellschafter selbst auferlegt haben. So können die Gesellschafter etwa statutarisch vereinbaren, daß alle oder bestimmte Entscheidungen einstimmig zu treffen sind³⁾. "Einstimmig" bedeutet dann zwar nicht, daß jede weitere Gestaltung allein schon deswegen entfällt, weil etwa unbedingt höchstpersönlich abgestimmt werden müßte. Die Einstimmigkeitsanordnung soll aber doch jedem einzelnen Gesellschafter garantieren, daß auf dem betreffenden Gebiet keine Entscheidung zustandekommen kann, ohne daß das Resultat gerade seiner Meinungsbildung in den Entscheidungsprozeß einfließt - oder zumindest einfließen kann. In Anbetracht dieses Sicherungseffektes dürfte im Ergebnis davon auszugehen sein, daß sich alle Sachverhalte, die laut Satzung nur einstimmig regelbar sind, in aller Regel einer selbständigen Organzuständigkeit, also auch der eines einstimmig beschlossenen Beirates, entziehen.

Dennoch sind die Gesellschafter insoweit grundsätzlich als weiterhin Verfügungsberechtigt anzusehen, denn das Einstimmigkeitserfordernis beruht auf ihrem Willen; es

1) Vgl. OLG Bremen, AG 77, 257, 258; Teichmann, S. 91 und S. 101.

2) Vgl. Teichmann, S. 100.

3) S. dazu noch die Ausführungen unter C. II. 5.

liegt bei ihnen, ob, sie es aufrechterhalten wollen oder nicht. Bleibt dem Beirat eine Zuständigkeit aufgrund einer gewillkürten Gestaltungsschranke¹⁾ verschlossen, ist dies ein Abstimmungsergebnis, aber keine zwingende Grenze der Gestaltungsfreiheit.

II. Die Gestaltungsfreiheit bei der einverständlichen Beauftragung eines mit Gesellschaftern besetzten Beirates

Der BGH²⁾ sieht für die in § 45 Abs. 2 GmbH angelegte gesellschaftliche Selbstverwaltung, aus der er ausdrücklich folgert, daß die Gesellschafter Befugnisse der Gesellschafterversammlung einem anderen Organ zuweisen dürfen, nur zwei Grenzen.

Ausgenommen seien die der Gesellschafterversammlung zwingend zugewiesenen Aufgaben, wofür das Beispiel die Satzungsänderung angeführt wird.

Weiterhin seien Aufgaben von einer Übertragung ausgeschlossen, die das damit betraute Organ der Sache nach nicht wahrnehmen könne, wie etwa die eigene Entlastung oder Abberufung durch einen Geschäftsführer selbst.

In einer vom BGH in der Begründung dieses Urteils herangezogenen Entscheidung hat das RG³⁾ den Richtpunkt formuliert, daß durch ein durch die Satzung geschaffenes Gesellschaftsorgan die Gesellschafterversammlung als Ge-

-
- 1) In der Hinsicht kommt noch in Betracht, daß die Gründer der Gesellschaft eine Abänderung gewisser Regelungen der Gesellschaftsverfassung - in Anlehnung etwa an Art. 79 Abs. 3 GG - für unzulässig erklären. M.E. kann eine derartige Anordnung aber nicht über den Zwang zu einer einstimmigen Beschlußfassung hinaus binden, denn die Gesellschafter haben trotz der wirtschaftlichen Gegengründe die Alternative, eine andere Gesellschaft zu gründen.
- 2) BGHZ 43, 261, 264.
- 3) RGZ 137, 305 ff.

sellschaftsorgan nicht schlechthin beseitigt werden könne¹⁾. Eine Konkretisierung des mit der Existenz der Gesellschafterversammlung über die Satzungsänderung hinaus zwingend verbundenen Aufgabenkreises konnte das RG allerdings dahingestellt sein lassen.

Dieser Ansatz wird ergänzt von einer Ausführung des RG in einer späteren Entscheidung²⁾, wonach eine gem. § 53 Abs. 1 GmbHG an einen Beschluß der Gesellschafter gebundene Abänderung der Satzung nicht einem anderen Organ neben der Gesellschafterversammlung übertragen werden und auch nicht von dessen Zustimmung abhängig gemacht werden könne³⁾. Noch weniger könne sich ein außenstehender Dritter unmittelbar in die inneren Angelegenheiten der Gesellschaft einmischen.

Der Aussage, daß die Wirksamkeit des satzungsändernden Gesellschafterbeschlusses nicht von der Zustimmung eines anderen Organs neben der Gesellschafterversammlung abhängig gemacht werden könne, stellt das RG in derselben Entscheidung aber gegenüber, daß dem Mitglied einer GmbH zweifellos in der Satzung als Sonderrecht zugestanden werden könne, daß jede Satzungsänderung seiner Zustimmung bedürfe⁴⁾.

Damit verliert der vom RG aus der Stellung der Gesellschafterversammlung als oberstem Willensorgan hergeleitete Ausschluß eines Zustimmungsrechtes eines Organs seine Einsichtigkeit. Wenn die Gesellschafter sich ihres uneingeschränkten Herrschaftsvermögens durch Einräumung

1) RGZ 137, 305, 308 f.

2) RGZ 169, 65, 80.

3) Allenfalls könne die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses kraft gesetzlicher Sonderregelung von der Zustimmung eines Dritten abhängig gemacht werden, der dadurch insoweit als nebengeordnetes Organ der Gesellschaft eingesetzt werde, RG, a.a.O., S. 81.

4) A.a.O., S. 81.

eines Sonderrechtes gegenüber einem Mitgesellschafter begeben können, erhebt sich die Frage, warum dies dann nicht ebenso gegenüber einem Organ möglich sein soll¹⁾. Kann jedoch die Wirksamkeit satzungsändernder Gesellschafterbeschlüsse - oder allgemein von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung überhaupt - zulässig dem Zustimmungsvorbehalt eines anderen Gremiums unterstellt werden, ist die Hierarchie der Gesellschaftsorgane hinterfragt.

Vor der weiteren Untersuchung seien die einzelnen Schritte der hier maßgeblichen Gedankenkette noch einmal in abstrahierter Fassung formuliert:

Die Gesellschafterversammlung ist nicht nur notwendiges Organ für den gesellschaftlichen Gründungsvorgang; sie muß auch danach als Gesellschaftsorgan erhalten bleiben. Da ihre Existenz nicht Selbstzweck sein kann, muß ihr eine von unverzichtbaren Rechten begleitete Funktion zukommen, die sich der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter entzieht. Die Satzungsänderung ist als Schlüssel zur körperschaftlichen Verfassung der schwerwiegendste Beispielsfall, der Aufschluß über die Reichweite der Privatautonomie geben soll.

Es ist klarzustellen, daß die folgende Erörterung nicht das wie bei jedem Verband auf Zentralisation von Vermögen und Organisationsgewalt²⁾ angelegte Normalstatut einer GmbH zum Gegenstand haben. Von Interesse ist vielmehr, inwieweit und durch welche Zusammenhänge die Gesellschafter gehindert sind, von der klassischen Herrschaftsstruktur mit der Gesellschafterversammlung als oberstem Gesellschaftsorgan abzuweichen und eine atypische Ordnung der Organe zu vereinbaren.

1) Auch Scholz, GmbHG, 5. Aufl., § 53 Anm. 18, stellt diese Frage und gesteht einem Organ das Zustimmungsrecht zu.

2) Wiedemann, FS f. Schilling, S. 114.

1. Gläubigerschutz

Da die Ausformung der Herrschaftsstruktur allein das Innenverhältnis der Gesellschaft betrifft, scheidet der Gläubigerschutz als möglicher Begründungsgesichtspunkt für eine Einschränkung der Gesellschafterautonomie aus.

Die Regelung der Willensbildung und Entscheidungsfindung in der Gesellschaft berührt keine schützenswerten Gläubigerinteressen. Ein Einfluß auf die wirtschaftliche Tätigkeit und auf das Geschäftsergebnis der Gesellschaft steht einem Gläubiger außerhalb der mit der Gesellschaft getroffenen Vereinbarungen allein aufgrund seiner Stellung als Gläubiger nicht zu.

Der außenstehende Gläubiger muß die Gesellschaft in ihrer Binnenstruktur so hinnehmen, wie sie ihm gegenübertritt¹⁾

2. Das Wesen der GmbH

Das Wesen der GmbH stellt für sich keine tragfähige Entscheidungsbegründung dar.

Wie Teichmann²⁾ im Anschluß an die Ausführungen Scheuerles über das Wesen des Wesens³⁾ nachweist, dient auch die Argumentation mit dem Wesen einer Gesellschaftsform zur Verdeckung eines an anderen Kriterien ausgerichteten Interpretationsaktes.

Scheuerle sieht ein Argument, das selbst einer Begründung bedarf, als kein zureichendes an. Wenn das Argument gar den Gedankengang nicht nur unnötig verlängert, sondern - etwa wegen seiner mangelnden Klarheit und seiner Unver-

1) Vgl. Teichmann, S. 103.

2) S. 3 ff.

3) AcP 163, 429 ff.

bindlichkeit - auch noch verdunkelt, sollte man sich seiner nicht bedienen¹⁾).

Auf ein Eingehen darauf, ob das Wesen der GmbH eine bestimmte Organisationsstruktur zwingend vorschreibt, soll daher entsprechend der mehrfach von Scheuerle ausgesprochenen Empfehlung verzichtet werden.

3. Öffentliches Interesse

Aus dem gleichen Grunde verbietet sich in diesem Zusammenhang auch eine Argumentation mit dem öffentlichen Interesse. Innerhalb des gesetzlich zwingend festgelegten Rahmens ist die Ausgestaltung der inneren Verfassung einer GmbH zur Disposition der Gesellschafter gestellt. Die Wahrnehmung dieser Gestaltungsbefugnis kann somit allein aus sich heraus schwerlich dem Interesse der Allgemeinheit zuwiderlaufen.

Sollen hier Schranken gesetzt werden, muß man auf zusätzliche Erwägungen zurückgreifen, die erst das öffentliche Interesse konkret begründen.

Diese Erwägungen werden als solche auf ihre Tragfähigkeit überprüft.

4. Die Funktionslehre

a) Formelle Funktion

So liegt es beispielsweise im öffentlichen, genauer im gesamtwirtschaftlichen Interesse, daß die GmbH als praktisch wichtige Konstruktion eines Wirtschaftssubjektes ihren satzungsgemäßen Zweck verwirklichen kann.

1) AcP 163, 429, 463; in diesem Sinne auch Raiser, AG 71, 151, 152; vgl. zur suspekt gewordenen Argumentation mit einem "Wesen" im Hinblick auf Gesellschaftsformen noch Schultze-v.Lasaulx, ZfgG 21, 325 - 329.

Die sachgerechte Funktion der Gesellschaft, von Teichmann¹⁾ als formelle Funktion bezeichnet, könnte in Frage gestellt werden, wenn die Gesellschafterversammlung ihre Entscheidungen der Zustimmung eines anderen Gesellschaftsorgans unterstellt.

Ein Zustimmungsrecht beinhaltet, je nachdem, ob die verweigerte Zustimmung ersetzt werden kann oder nicht, für den Berechtigten mindestens eine garantierte Gelegenheit zu einer Kenntnis- und Stellungnahme, gegebenenfalls auch eine Möglichkeit zur Verhinderung eines wirksamen Beschlusses.

Aus dieser Beschreibung ergibt sich, daß alle Ausgestaltungen eines Zustimmungsrechtes, bei denen sich die Entscheidungsmacht der Gesellschafterversammlung im Endeffekt durchsetzt, als Gefährdung der formellen Funktion ausscheiden.

Legt die Satzung hingegen fest, daß die Zustimmung des anderen Gesellschaftsorgans z.B. in allen grundlegend bedeutenden Angelegenheiten zwingend erforderlich ist, ohne gleichzeitig zu bestimmen, wie bei Meinungsverschiedenheiten eine Lösung herbeizuführen ist, kann ohne Nachgeben einer Seite die Entscheidung nicht getroffen werden. Eine Verhärtung in den Auffassungen zwischen Gesellschafterversammlung und Zustimmungsorgan blockiert also die formelle Funktion.

Als Zwischenergebnis ist somit festzuhalten, daß auch ein von der Satzung geschaffener atypischer Organisationsaufbau in jedem Fall mindestens für Streitfälle eine entscheidende Instanz vorsehen muß.

Aus dieser Überlegung leitet sich jedoch noch kein Argument für einen bestimmten hierarchischen Aufbau der GmbH im Sinne eines notwendigen Primates der Gesellschafterversammlung ab.

Der formellen Funktion ist bereits durch die Sicherstellung genügt, daß eine wie auch immer geartete Instanz für eine verbindliche Entscheidung sorgen kann.

Dieses Ergebnis ließe sich technisch ohne weiteres durch eine satzungsmäßige Unterordnung der Gesellschafterversammlung unter die Entscheidungsgewalt eines anderen Organs erreichen.

Nach der nach dem Gesetz möglichen Ausgestaltung muß der Funktionsbereich eines solchen Organs auch keineswegs farblos auf die Entscheidung von Streit- oder Zweifelsfällen beschränkt sein.

Ein als Denkmodell sogar noch oberhalb der Gesellschafterversammlung angesiedeltes Organ wäre wie kein zweites zur Wahrnehmung von Kontroll- und Steuerungsaufgaben berufen.

Eine wirksame Kontrolle setzt dabei die Möglichkeit voraus, aus erkanntem Fehlverhalten Konsequenzen zu ziehen. Das für die Funktion der Gesellschaft wichtigste, weil unmittelbarste Mittel hierzu ist das Recht zur Abberufung der eine organschaftliche Funktion ausübenden Personen. Daneben ist die Schadensersatzforderung ein wichtiges, aber aufgrund der zeitlichen Verzögerung nachrangiges Mittel¹⁾.

Diese in § 46 GmbHG aufgezählten Beschlußgegenstände sind - soweit sie nicht wie etwa § 46 Nr. 5 ohnehin mitbestimmungsrechtlich verdrängt sind²⁾ - nicht zwingend der Gesellschafterversammlung zugewiesen. Sie können vielmehr gem. § 45 Abs. 2 GmbHG anderen Organen übertragen werden³⁾. Die Ausstattung des angedeuteten Modellorgans mit entsprechenden Befugnissen läßt also das Bild eines höchst

1) Vgl. Teichmann, S. 185.

2) S. o. S. 46.

3) Schilling in Hach., GmbHG, § 46 Rdn. 2.

effektiven gesellschaftlichen Faktors entstehen, dessen Zulässigkeit jedoch noch der weiteren Untersuchung bedarf.

b) Materielle Funktion

Neben die formelle Funktion hat Teichmann eine materielle Funktion der Berücksichtigung sozialer Gebundenheiten gestellt¹⁾, die er beispielsweise in der lapidaren Feststellung des BGH²⁾ bestätigt findet, daß der Geschäftsführer einer GmbH sich nicht selbst entlasten oder abberufen könne³⁾.

Verstehe man eine Gesellschaft wie die GmbH nicht allein als technisches Instrument, sondern als Form persönlicher Zusammenarbeit, müsse das den demokratischen Grundrechten zugrundeliegende Ethos als selbstverständliche Anschauung menschlichen Umganges - also ungeachtet der Problematik einer Drittwirkung der Grundrechte⁴⁾ - auch im Gesellschaftsrecht seinen Niederschlag finden⁵⁾.

Einen solchermaßen das Privatrecht unmittelbar gestaltenden Fundamentalsatz konkretisiert Teichmann in einem Gebot der Trennung von Macht und Kontrolle⁶⁾.

Anhand dieses dem demokratischen Verständnis inhärenten Prinzips einer Forderung nach ausgewogenen Machtverhältnissen entwickelt er Bedenken gegen die generellen Möglichkeiten der Zuständigkeitsverschiebungen innerhalb einer GmbH⁷⁾.

1) S. 108, 114 f.

2) BGHZ 43, 261, 264.

3) S. 178.

4) S. 111.

5) S. 115.

6) S. 118.

7) S. 183.

Die Gesellschafter müßten selbst in der Lage sein, die Geschäftsführer und alle zusätzlichen Organe hinreichend zu kontrollieren.

Wenn ein weisungsbefugtes Aufsichtsorgan entweder rechtlich aufgrund der Satzung oder faktisch wegen einer hohen Gesellschafterzahl und der dadurch bedingten Schwerfälligkeit der Gesellschafterversammlung vor der Überwachung durch die Gesellschafter sicher sei, verletze die Direktionsbefugnis dieses Organs das Prinzip einer Trennung von Macht und Kontrolle.

{
Duden sieht in der formellen und materiellen Funktion anerkennende Zwang-Gründe¹⁾.

Auch Geßler erwägt das Funktionsprinzip als echte, positiv wirkende Begrenzung der Vertragsfreiheit²⁾.

Nicht so weit geht Schultze-v.Lasaulx³⁾, der auf der Grundlage, daß unser in erster Linie rein rechtlich orientiertes Gesellschaftsrecht in seinen gesetzlichen Formen nicht durch eine bestimmte wirtschaftsverfassungsrechtliche Grundkonzeption fixiert sei, die sog. instrumentale Betrachtungsweise⁴⁾ befürwortet und zwingende außergesetzliche Einschränkungen der Freiheit in der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen ablehnt.

Im Rahmen des von der Rechtsordnung stets verfolgten Zieles, mit Mitteln des Rechtes einen zweckmäßigen Ablauf der Wirtschafts- und Lebensmechanismen sicherzustellen, sei das Funktionsprinzip aber immerhin als Wegweiser für eine Interessenwertung Maßstab für Mißbrauchsfälle⁵⁾. Es sei ein fruchtbares Abgrenzungsmerkmal, das für die Einzelfalluntersuchung brauchbare Begründungen zu liefern vermöge⁶⁾

1) ZGR 73, 360, 363.

2) ZHR 135, 90, 95.

3) ZfG 21, 325 ff.

4) Von ihren Gegnern als "Sozialtechnik im Dienste wirtschaftlicher Interessen" bezeichnet; vgl. Immenga, S. 23.

5) A.a.O., S. 349.

6) A.a.O., S. 340.

Auch Konzen¹⁾ meldet in seiner Kritik des institutionellen Elementes der Funktion als außergesetzlicher Schranke der gesellschaftsrechtlichen Vertragsfreiheit Vorbehalte an.

Rechtsanwendung bleibe im Prinzip auf die Fortbildung der im Normengefüge enthaltenen Bewertungsmaßstäbe beschränkt. Andernfalls drohe subjektivistische Verdrängung verbindlicher Normwertungen.

Konzen hält es aber andererseits durchaus für möglich, daß dispositive Normen summiert verbindliche Leitideen spiegeln können, und sieht deshalb den Versuch einer Konkretisierung des institutionellen Rechtsdenkens als auch praktisch wertvoll an²⁾.

Trotz der von Raiser gegenüber der materiellen Funktion geäußerten Bedenken, daß ungeklärt und umstritten sei, in welcher Form das von der historischen Bedeutung im Politischen liegende Prinzip der Demokratie ins Privatrecht hineingetragen werden könne oder müsse³⁾, ist m.E. die von Teichmann beschriebene Funktion einer Gesellschaft ein notwendiger und sinnvoller Bestandteil der Antwort auf die Frage nach dem rechtmäßigen Gebrauch wirtschaftlicher Macht.

So ist etwa die wohl unbestritten für den Bereich des Grundgesetzes geltende Absage an eine nach dem Führerprinzip aufgebaute GmbH ohne dieses Abgrenzungsmerkmal rechtsdogmatisch kaum einsichtig herzuleiten, solange man die Reichweite des innergesellschaftlichen Selbstorganisationsrechtes auch aus der "Herr-im-Hause-Situation" der

1) ACP 1/2, 92 ff.

2) A.a.O., S. 95.

3) AG 71, 151, 153.

Gesellschafter heraus interpretieren und seine Schranken gemäß der Auffassung von Schultze-v.Lasaulx danach bestimmen kann, daß es unserer Gesamtrechtsordnung entspreche, dem Gestaltungswillen der Gesellschafter bis zur Grenze des Mißbrauches und der Verletzung zwingender gesetzlicher Normen freie Bahn zu lassen¹⁾.

Erst das Funktionsprinzip rationalisiert die rechtliche Mißbilligung jener Gestaltung. Nur wenn zur gesellschaftsrechtlichen Betrachtung des Innenverhältnisses der Gesellschaft in ihrer rein rechtlichen Orientierung eine Sicht der nicht in rechtliche Normen gefaßten gesellschaftspolitischen Grundlagen ihres sozialen Umfeldes hinzutritt, wird erklärbar, weshalb der rechtmäßige Gebrauch wirtschaftlicher Macht in derselben Rechtsform der juristischen Person GmbH in einem demokratischen Gemeinwesen etwas anderes ist als Rechtmäßigkeit unter einer Weltanschauung, die dem demokratischen Ideengut offensiv ein Prinzip der absoluten Autorität²⁾ entgegenstellt.

Daß man die GmbH weder praktisch noch theoretisch behandeln kann, als schwebte sie in einem ethisch, politisch oder sozial freien Raum, zeigt sich z.B. auch daran, daß die vom Bundesministerium der Justiz eingesetzte Unternehmensrechtskommission mehrfach von einem "Sozialverband Unternehmen" spricht³⁾. Es kann also nicht nur ein (angestrebtes) Ziel sein, wirtschaftliches Verhalten nicht als Ausübung von Individualrechten, sondern als Aktualisierung der einer gesellschaftlichen Machtstellung korrespondierenden Verantwortung vor den Gemeinschaftswerten der Rechts- und

1) ZfgG 21, 325, 349.

2) Das Führerprinzip würde nebenbei bemerkt auch die Rolle eines Beirates drastisch auf eine schlichte Beratungstätigkeit reduzieren.

3) Bericht über die Verhandlungen der Unternehmensrechtskommission, 1980, beispielsweise Tz. 143 und Tz. 1083. Diese soziologische Deutung erschöpft sich m.E. nicht in dem Aspekt der Vereinigung von Kapital und Arbeit.

Wirtschaftsordnung zu begreifen¹⁾. Es ist wohl eher wahrscheinlich, daß die Tatbestandsaufnahme der GmbH an sich nie darauf verzichten konnte, das soziale Selbstverständnis der Menschen in das gesellschaftsrechtliche Verständnis dieses Wirtschaftssubjektes, das die GmbH ja in aller Regel ist, in irgendeiner Form - wenn auch vielleicht unausgesprochen - einzubeziehen. Denn letztlich bleibt die juristische Person als Rechtsform eben doch nur eine Hülle, die ihr Leben erst durch die mit ihr verbundenen Menschen erhält. Die Funktionslehre muß sich dabei jedoch davor hüten, dem modernen Gesellschaftsrecht Demokratie axiomatisch, vielleicht gar im Sinne eines "naturrechtlichen" Maßstabs anzutragen. Es ist vielmehr davon auszugehen, daß die GmbH in ihrer Struktur lediglich die von der Bevölkerungsmehrheit geteilten Grundanschauungen reflektiert. Bezieht man deren gerade von der deutschen Geschichte bewiesene Veränderlichkeit mit ein, wird deutlich, daß die mit Hilfe der Funktionslehre erzielbaren Aussagen immer zeitgebunden sein müssen, verbunden mit hohen Anforderungen hinsichtlich der Allgemeinverbindlichkeit.

Der Vergleich mit den vorhandenen Staatsformen zeigt, daß eine durch den Gedanken der Demokratie legitimierte Herrschaftsausübung nur die Letztverantwortlichkeit gegenüber dem "Souverän", aber keinen mit Ausschließlichkeitsanspruch geforderten Aufbau der Herrschaftsstruktur im übigen festlegt. Bei den die materielle Funktion inhaltlich bestimmenden Anknüpfungspunkten können daher nicht ohne weiteres aus ihrer Staatsgerichtetheit zu begreifen- de öffentlichrechtliche Ordnungsgrundsätze übernommen werden²⁾.

1) So formuliert Westermann, AcP 175, 375, 381, für die von ihm erörterten gesellschaftsrechtliche Bestrebungen.

2) Wegen in dieser Richtung geäußelter Bedenken vgl. Wiedemann, FS f. Schilling, S. 113 Fn. 20.

Die aus den fundamentalen Grundannahmen einer gewaltenteiligen Demokratie aufgrund ihrer sozialen Gebundenheit für die GmbH zu folgernde Herrschaftsstruktur - etwa auch als Gesellschafterdemokratie umschrieben¹⁾ - bedingt also, daß die Gesellschafter selbst zu einer Kontrolle in der Lage sein müssen.

Gebietet die formelle Funktion lediglich, daß irgendeine Instanz kraft ihrer Kompetenz das Zustandekommen der notwendigen Entscheidungen auch in streitigen Angelegenheiten sicherstellt, unterwirft die materielle Funktion diese Instanz der Kontrolle der Gesellschafter.

Aufgrund der Ableitung aus dem demokratischen Ethos kann diese Beziehung schlagwortartig dahingehend beschrieben werden, daß in der GmbH alle gesellschaftliche Gewalt von der Gesamtheit der Gesellschafter ausgeht²⁾.

Aus der materiellen Funktion ergibt sich sonach unmittelbar die ausschließliche Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung in Satzungsfragen.

In dem elementaren Recht der Gesellschafterversammlung, Zuständigkeiten zu verleihen und gegebenenfalls auch jedes fakultativ eingesetzte Organ wieder abzuschaffen, verwirklicht sich die Herrschaft und Kontrolle der Gesellschafter.

Grundsätzlich unvereinbar mit der solchermaßen verstandenen Kontrolle der Gesellschafter ist somit die Einräumung unwiderruflicher Zuständigkeiten an ein Gesellschaftsorgan. Die Kontrolle durch die Gesellschafter schließt hingegen nicht zwangsläufig aus, daß die Gesellschafterversammlung in anderen Angelegenheiten als den Satzungsänderungen Entscheidungen - beispielsweise im Personal- und Sozialbereich - mit einem organschaftlichen Zustimmungsvorbehalt verknüpft.

Die materielle Funktion gebietet nur, daß alle Gesellschaftsorgane letztlich der Gesellschafterversammlung verantwortlich sind. Solange die Gesellschafter dem betreffenden Organ das

1) So Schilling in Hach., GmbHG, § 45 Rdn. 5.

2) Vgl. Schilling in Hach., GmbHG, § 45 Rdn. 5.

Zustimmungsrecht im Wege der Satzungsänderung jederzeit wieder entziehen können, ist die Funktion der Gesellschaft formell und materiell gewährleistet.

Anlaß zu Bedenken besteht aber dann, wenn ein Mitglied des Organs die Satzungsänderung kraft persönlichen Rechtes verhindern kann.

5. Sonderrecht eines Gesellschafters

a) Sonderrecht und Funktionsprinzip

Das RG¹⁾ hat in Satzungsfragen ein Zustimmungsrecht zu Gesellschaftersbeschlüssen zwar für ein Gesellschaftsorgan verneint, es einem Gesellschafter als Sonderrecht hingegen zugestanden. Diese Aussage erhält vor dem Hintergrund der Funktionslehre ein besonderes Gewicht, weil sie auf den ersten Blick geeignet erscheint, das von der Verantwortlichkeit der Gesellschaftsorgane gegenüber der Gesellschafterversammlung gewonnene Bild umzustürzen.

Besitzt auch nur ein Mitglied eines Beirates das Sonderrecht, daß Satzungsänderungen von seiner Zustimmung abhängen, erscheint die Kontrolle der Gesellschafterversammlung über das Organ in Frage gestellt.

Mit hinreichender Sicherheit ist auszuschließen, daß jede von dem sonderberechtigten Gesellschafter ausgehende Blockierung einer von der Gesellschafterversammlung als Reaktion auf ein unerwünschtes Verhalten des Organs beabsichtigten Satzungsänderung durch das Gebot der Treuepflicht bei der Ausübung des Sonderrechtes und das Verbot eines Rechtsmißbrauchs aufgefangen werden kann. Andererseits findet sich - soweit ersichtlich - keine Forderung, daß der Inhaber eines derartigen Sonderrechtes nicht gleichzeitig weitere Funktionen in der Gesellschaft übernehmen und damit auch nicht einem Beirat angehören dürfe.

Die nähere Betrachtung wird erweisen, ob ein Sonderrecht, das jede Satzungsänderung von der Zustimmung eines Gesellschafters abhängig macht, tatsächlich einen Widerspruch zu der entwickelten Kontrolle der Gesellschafterversammlung darstellt.

1) Koz 169, 65, 81; s.o. S. 66.

Zunächst ist eine terminologische Klärung angebracht. Mit der Bezeichnung als Sonderrecht läßt sich einmal allgemein eine von der üblichen Regelung abweichende Ausstattung einer Person oder Stellung mit besonderen Rechten umschreiben.

In diesem Sinne wird der Ausdruck in der vorliegenden Arbeit z.B. bei der Darstellung der Auffassung Säckers zu der Frage einer Führung oder Kontrolle der Geschäfte durch ein mitbestimmungsfreies Fremdmanagement¹⁾ verwendet.

Daneben wird der Begriff des Sonderrechtes in Literatur und Rechtsprechung in einer spezifisch gesellschaftsrechtlichen Bedeutung verstanden, die allen nachfolgenden Ausführungen allein zugrunde gelegt werden soll.

Rechtsgrundlage für Sonderrechte in dieser spezielleren Festlegung ist die Möglichkeit statutarischer Verpflichtungen der Gesellschafter zu Nebenleistungen an die Gesellschaft nach § 3 Abs. 2 GmbHG, unter den ungeachtet des engen Wortlautes auch Vorrechte oder besondere Leistungen seitens der Gesellschaft an die Gesellschafter fallen²⁾.

Das Sonderrecht muß also in der Satzung als ein auf einer Mitgliedschaft beruhendes Vorzugsrecht verliehen werden. Einmal begründet, kann das Sonderrecht gem. § 35 BGB ohne Zustimmung des Berechtigten durch Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nicht beeinträchtigt werden³⁾.

Dies kann freilich nicht heißen, daß das Sonderrecht gegen den Willen seines Inhabers überhaupt nicht mehr zu beseitigen ist. Daß es andernfalls in der Gesellschaft zu unerträglichen Situationen kommen könnte, wird stärker noch als bei dem sonderrechtlichen Zustimmungsrecht zu Satzungsänderungen bei einem Sonderrecht auf Bekleidung

1) S.o. S. 48.

2) Vgl. Immenga, S. 94 f. m.w.N. und S. 101 ff.

3) S. dazu noch RGZ 170, 358, 368.

einer Organstellung oder zur Entsendung von Personen in ein Organ greifbar.

Während § 38 Abs. 2 GmbHG in der Hinsicht einschlägig für das Amt des Geschäftsführers zwingend die Abberufungsmöglichkeit aus wichtigem Grunde statuiert, muß die generelle Entziehbarkeit eines Vorzugsrechtes aus wichtigem Grunde aus grundsätzlichen Überlegungen entwickelt werden.

Schilling¹⁾ leitet diesen Weg ab aus der vom BGH in Rechtsfortbildung entwickelten Zulässigkeit der Ausschließung eines Gesellschafters aus wichtigem Grunde auch dann, wenn die Satzung einen derartigen Entzug der Mitgliedschaft nicht vorsieht²⁾. Er geht zu Recht davon aus, daß, wenn die Mitgliedschaft als Ganzes entzogen werden kann, dies auch für das Vorzugsrecht als Teil gelten muß.

Die Entziehung erfolge im Hinblick auf die Verleihung des Sonderrechtes in der Satzung durch einen satzungsändernden Gesellschafterbeschuß, der wegen des Vorliegens eines wichtigen Grundes nicht der Zustimmung des Betroffenen bedürfe und ihm auch kein Stimmrecht gestatte³⁾.

Die Möglichkeit der Entziehung aus wichtigem Grunde kann die formulierte Gegensätzlichkeit von Entscheidungsfähigkeit der Gesellschafterversammlung und Sonderrecht eines Gesellschafters indes nur zum Teil aufheben.

Festzuhalten bleibt, daß sich die Gesellschaft mit der Einräumung eines Vorzugsrechtes dem sonderberechtigten Mitglied in hohem Maße ausliefern kann.

Diese "Auslieferung" läßt sich jedoch mit der materiellen Funktion in Übereinklang bringen.

1) In Hach., GmbHG, § 14 Rdn. 11.

2) BGHZ 9, 158 ff.

3) A.a.O., Rdn. 11.

Das Vorzugsrecht ist grundsätzlich an eine Mitgliedschaft gebunden, so daß der Sonderberechtigte immer Glied der Gesellschafterversammlung ist. Dieser Umstand macht deutlich, daß das als Sonderrecht zugestandene Zustimmungserfordernis für eine Satzungsänderung im Vergleich die Grenzen einer Übereinkunft nicht überschreitet, nach der eine Satzungsänderung nur durch eine einstimmige Entscheidung aller Gesellschafter herbeigeführt werden kann. In einem solchen Fall haben alle Gesellschafter eine Sicherung, daß gegen ihren Willen keine statutarische Änderung erfolgen kann. Man kann insoweit von einem allgemeinen Zustimmungsvorbehalt sprechen.

Im Gegensatz zur vorgeschriebenen Einstimmigkeit läßt dagegen das besondere Zustimmungserfordernis des Vorzugsrechtes eine Abänderung im Wege eines qualifizierten Mehrheitsbeschlusses zu, wenn der Sonderberechtigte seine Zustimmung erteilt.

Das Sonderrecht eines Zustimmungsvorbehaltes kann somit als ein artverwandtes minus zur Einstimmigkeit aufgefaßt werden, als ein Sonderfall, der nicht das Einverständnis aller Gesellschafter, sondern nur das des Sonderberechtigten als besondere Voraussetzung einer Satzungsänderung bedingt. Für dieses Abstellen auf die Wirkung ist dabei unerheblich, daß die Zustimmung ein eigenes Erfordernis neben einem entsprechenden Gesellschafterbeschuß ist und nicht in diesem aufgeht¹⁾.

Soweit hierbei das praktische Ergebnis stört, daß der Inhaber des Sonderrechtes die Macht hat, die Beibehaltung der Satzung zu erzwingen, ist darauf zu verweisen, daß ein derartiges Diktat einer Minderheit auch mit einem Einstimmigkeitserfordernis ermöglicht wird.

1) Vgl. BGHZ 20, 363, 368 f.

Da der allgemeine wie der besondere Zustimmungsvorbehalt dem einhelligen Willen aller Gesellschafter nicht vorgreifen, sind sie nicht als unzulässige Unabänderbarkeit der Satzung¹⁾ zu werten. Im Ergebnis bleibt die Satzungsheft der Gesellschafterversammlung erhalten.

Es ist dennoch nicht zu leugnen, daß die Anordnung einer Einstimmigkeit durchaus fähig ist, den Willensbildungsprozeß in für die Gesellschaft gefährlicher Weise erstarren zu lassen.

Ist für die Entscheidung in einer in der Satzung behandelten Angelegenheit ein einmütiger Beschluß notwendig, kann nämlich bei fehlender Übereinstimmung der bestehende Zustand nicht geändert werden. Mit dieser Folge ist die einer solchen Vereinbarung innewohnende Ambivalenz angesprochen. Einerseits kann das Einstimmigkeitserfordernis die Gesellschafter sichern, weil niemand bei einer Innovation übergangen werden kann. Andererseits kann es die Gesellschaft und damit die Gesellschafter aber auch in Gefahr bringen, eben weil schon ein Andersdenkender jede Weiterentwicklung und ebenso jede Korrektur einer einmal festgelegten Satzungs-gestaltung verhindern kann.

Diese Gefahr kann indes nicht die Unzulässigkeit eines Einstimmigkeitserfordernisses begründen. Die Verdrängung der einstimmigen Entscheidung durch ein zwingendes Mehrheitsprinzip würde bedeuten, eine bestimmte Quote der Gesellschafter so zu behandeln, als wäre sie generell zu keinem vernünftigen Abstimmungsverhalten imstande. Außerdem muß gelten, daß Vertragsfreiheit immer auch das Risiko impliziert, etwas zu vereinbaren das sich als ungünstig erweist²⁾.

1) Vgl. Schilling in Hach., GmbHG, (6. Aufl.), § 53 Anm. 9.

2) Schulte, ZGR 76, 97, 98.

Werden nicht bei der Vereinbarung des Einstimmigkeitserfordernisses vorsorglich und vorausschauend zugleich statutarisch die Individualrechte der Einzelgesellschafter ausgebaut, kann einem hinterher Benachteiligten unter Umständen als ultima ratio nur die Trennung von der Gesellschaft bleiben.

Die obige Wertung muß gleichermaßen für einen späteren Eintritt in die Gesellschaft gültig sein, denn niemand erlangt schließlich die Gesellschaftszugehörigkeit gegen seinen Willen, und zwar auch dann nicht, wenn die Mitgliedschaft etwa im Erbgang erworben wird.

Trotzdem kann eine mit einem Einstimmigkeitserfordernis an sich zulässig festlegbare 'formelle Funktion von der Gesellschaft nicht unbedenklich in allen Satzungsfragen hingenommen werden, da Anpassungsfähigkeit die Voraussetzung einer erfolgreichen Teilnahme am wirtschaftlichen Wettbewerb ist.

Diese Überlegungen gelten gleichermaßen für die Einräumung eines Zustimmungserfordernisses als Sonderrecht.

Um der optimalen Ordnung ihrer formellen Funktion willen sollte die Gesellschaft infolgedessen gemeinhin Zurückhaltung üben bei der Bewilligung von Sonderrechten, die den organisatorischen Bereich betreffen.

Es ist zu bedenken, daß beispielsweise ein Vorzugsrecht zur Innehabung einer Organstellung oder ein im Gegensatz zu einem bloßen Benennungsrecht unmittelbar wirkendes Bestellungsrecht¹⁾ eine erhebliche Schwächung der Position der Gesellschafter beinhalten. Die mit dem Vorzugsrecht gekoppelte Bestellung zum Organ erhöht die Schwierigkeiten der Gesellschafterversammlung bei der Durchsetzung ihres Willens namentlich dadurch beträchtlich, daß das Sonderrecht die Abberufbarkeit verändert.

Im Interesse der Sicherung ihrer Herrschaft empfiehlt es sich daher für die Gesellschafter dringend, eine etwa von Teichmann²⁾ behandelte Gestaltung zu wählen und das Vorzugsrecht nur zu gewähren, wenn der Gesellschafter statutarisch Mehrheitsentscheidungen zu Lasten seiner besonderen Rechtsstellung billigt. Auf diese Weise entsteht das betreffende Sonderrecht dann lediglich als ein auflösend

1) Vgl. wegen dieser Unterscheidung Schilling in Hach., GmbHG, § 46 Rdn. 14.

2) S. 153 f.

bedingtes; die Bedingung ist der Mehrheitsbeschluß¹⁾. Ansonsten verbleibt den Gesellschaftern zwar unabhängig von der Frage, wer das gesellschaftliche Amt ausübt, die Regelung der Zuständigkeiten mitsamt der Zuweisung der entsprechenden Befugnisse. Hieraus ergibt sich jedoch nur in Ausnahmefällen die Möglichkeit, eine auf einem Sonderrecht beruhende unerwünschte Amtsinhaberschaft vermittels einer organisatorischen Änderung zu korrigieren.

Zum einen stünde ein bloß im Hinblick auf eine bestimmte Person erfolgender Eingriff in keinem Verhältnis zu den Auswirkungen auf das gesamte Organisationsgefüge. Daneben erhält das Vorzugsrecht seinen Wert nicht nur aus der Verfügungsbefugnis hinsichtlich der Amtsinhaberschaft, sondern auch durch die Ausgestaltung des Amtes zur Zeit der Begründung des Sonderrechtes. Die demzufolge bestehende Abhängigkeit organisatorischer Veränderungen von der Zustimmung des Sonderberechtigten wird im Verhältnis zu den Interessen der Gesellschafterversammlung allein durch die dem Sonderberechtigten aus seiner gesellschaftlichen Treuepflicht erwachsende Duldungspflicht notwendiger Änderungen zum Ausgleich gebracht.

b) Sonderrecht und gleichzeitige Beiratsmitgliedschaft

Darüber hinaus muß erkannt werden, welche erheblichen Gefahren trotz der Vereinbarkeit mit der materiellen Funktion für die Gesellschaft von einer Beirats- oder sonstigen Organmitgliedschaft eines Gesellschafters ausgehen, ohne dessen Zustimmung eine Satzungsänderung nicht wirksam werden kann.

Der Verhinderung der Satzungsänderung seitens des sonderberechtigten Beiratsmitgliedes ist allenfalls in Mißbrauchsfällen, aber nicht grundsätzlich durch Entzug des Vorzugsrechtes zu begegnen.

1) Teichmann, S. 153 m.w.N.

Hinwiederum stellt es keine Aufhebung der formellen Funktion dar, wenn die Gesellschaft ein der Mehrheit ihrer Gesellschafter mißliebiges Organ nicht verändern oder auflösen kann. Das Ergebnis dieser Willensbildung entspricht insofern völlig dem Bild einer Abstimmung, bei der eine erforderliche Mehrheit nicht erreicht wird.

Es liegt gleichwohl auf der Hand, daß eine solchermaßen überstarke Stellung eines Organs bereits unterhalb der Ebene des Mißbrauchs auf Kosten des Gesellschaftsganzen zu gehen vermag. Das Organ untersteht zwar der Kontrolle der Gesellschafterversammlung, aber diese Kontrolle kann sich nur im Einverständnis mit dem Sonderberechtigten umsetzen.

Auch wenn das sonderberechtigte Beiratsmitglied für Entschlüssen des Organs gar nicht die treibende Kraft war, vielleicht sogar bei den Abstimmungen unterlag, kann es sich mit den Beiratsentscheidungen identifizieren. Unterbindet es in diesem Fall mit Hilfe des Sonderrechtes die von den anderen Gesellschaftern angestrebte Änderung, droht die Kontrolle der Gesellschafterversammlung leerzulaufen.

Diese Situation bietet Anlaß, die aufgrund eines Vergleiches mit einem Einstimmigkeitserfordernis gewonnene Rechtfertigung eines Sonderrechtes bezüglich der Satzungsänderungen¹⁾ noch einmal aufzugreifen.

Versteht man das durch die materielle Funktion aus einem demokratischen Ethos hergeleitete Ergebnis als Verantwortlichkeit aller gesellschaftlicher Organe gegenüber der Gesellschafterversammlung, bleiben in Anbetracht des Sonderrechtes die sich hieraus für den Herrschaftsaufbau der GmbH ergebenden Forderungen erfüllt.

1) S.o. S. 81.

Mit der Feststellung, daß das Kontrollprinzip alle Verantwortlichkeit auf die Gesellschafterversammlung ausrichtet, kann es alleine jedoch nicht sein Bewenden haben.

Verwirklicht sich die Kontrolle in ihrem Kern durch das Mittel der Satzungsänderung, ist hierfür unabdingbare Grundlage, daß kein Gesellschafter ein Recht auf Beibehaltung des ursprünglichen Statutes haben kann¹⁾.

Kann die Satzung aber zulässigerweise vorschreiben, daß ihre Bestimmungen nur einstimmig geändert werden können, hat eine Gegenstimme - die insoweit auch mit der Verweigerung einer nicht ersetzbaren Zustimmung oder einem Vetorecht gleichgesetzt werden kann - genau dieselbe Wirkung wie ein ausdrückliches Recht auf Beibehaltung des Statutes. Die Satzung kann nicht geändert werden, weil ein Gesellschafter es nicht will.

Die eigentlich naheliegende Folgerung, daß ein Einstimmigkeitserfordernis wegen seiner die grundsätzliche Abänderbarkeit der Satzung beeinträchtigenden Wirkung unzulässig sein muß, wird indes - m.E. zu Recht²⁾ - von niemandem hieraus gezogen.

Diese Überlegungen weisen aber jedenfalls darauf hin, daß es nicht nur eine formelle Funktion der Gesellschaft, sondern gleichermaßen so etwas wie eine formelle Funktion der Gesellschafterversammlung geben muß. D.h. die Gesellschafterversammlung darf nicht nur von keinem anderen Organ, sie darf auch durch keine Gestaltung der Gesellschafter in sich blockiert werden.

Diese formelle Innenfunktion wäre am umfassendsten gewährleistet, wenn entgegen der mehrfach angesprochenen Auffassung des RG³⁾, Satzungsänderungen sonderrechtlich nicht

1) Ein solches Recht wird von Schilling in Hach., GmbHG, (6. Aufl.), § 53 Anm. 9, ausdrücklich verneint.

3) RGZ 169, 65, 81; s.o. S. 66 und S. 78.

von der Zustimmung eines Gesellschafters abhängig gemacht werden könnten. Ein solches *générelles* Verbot ist aber nicht widerspruchsfrei zu begründen, wenn man den sonderrechtlichen Zustimmungsvorbehalt aus der Zulässigkeit eines Einstimmigkeitserfordernisses herleitet¹⁾. Ein differenzierendes Verbot läßt sich jedoch anhand der gleichzeitigen Beiratsmitgliedschaft entwickeln. Während bei einem Einstimmigkeitserfordernis jeder Gesellschafter darauf vertrauen kann, daß überhaupt keine Satzungsänderung ohne seine Zustimmung erfolgt, läßt sich dieser Schutz bei einem beiratsangehörigen Gesellschafter aufspalten in beiratsbezogene und sonstige Satzungsänderungen.

Es ist dann nicht erforderlich, das Sonderrecht des Beiratsmitgliedes einzuschränken in bezug auf statutarische Regelungen, die den Beirat nicht betreffen. Hinsichtlich der beiratsbezogenen Satzungsänderungen muß das Interesse des Sonderberechtigten an einer absoluten Sperrwirkung seines Zustimmungsrechtes aber zurücktreten gegenüber dem Interesse der Gesellschaft an einer Reaktionsmöglichkeit auf unerwünschte Entwicklungen des Organs. Ohne diese gegenstandsbezogene Eingrenzung ist die Gesellschafterversammlung nicht funktionsfähig, sie würde durch den Sonderberechtigten, in dessen Person sich die Organzugehörigkeit mit der Zugehörigkeit zu der Kontrollinstanz vereinigt, in sich blockiert.

Ein Sonderrecht, das Satzungsänderungen der Zustimmung eines Gesellschafters unterwirft, kann danach, wenn dieser selbst Beiratsmitglied ist oder ein entsprechendes Bestellungsrecht hat²⁾, regelmäßig die den Beirat betreffenden

1) S. o. S. 81.

2) Es ist vom Ergebnis her gleich, ob der Gesellschafter die Satzungsänderung sperrt, weil er selbst in den Beirat involviert ist oder weil er das Verhalten des von ihm Bestellten decken will.

Satzungsänderungen nicht erfassen. Ausgenommen bleiben muß, daß im Einzelfall eindeutig festzustellen ist, daß mit dem Sonderrecht gerade die beabsichtigte beiratsbezogene Satzungsänderung ausgeschlossen werden sollte. Dann kann natürlich von einer funktionswidrigen inneren Blockade der Gesellschafterversammlung keine Rede sein.

6. Die unverzichtbaren Bedingungen für die Herrschaft der Gesellschafter

Der Grundsatz der zu den demokratischen Selbstverständlichkeiten gehörenden Kontrolle aller gesellschaftlichen Vorgänge durch die Gesellschafter legt außer der Satzungshegemonie der Gesellschafterversammlung keine zwingende Regel für den Aufbau der gesellschaftlichen Organisation fest.

Die Ableitung aller gesellschaftlichen Gewalt von den Gesellschaftern bedeutet insbesondere nicht, daß die Gesellschafterversammlung das den Geschäftsführern übergeordnete Initiativzentrum als Sammelpunkt gesellschaftlicher Macht sein muß. Auch ein anderes Organ oder die Geschäftsführung selbst können die grundlegende Geschäftspolitik bestimmen, müssen hinsichtlich dieser Tätigkeit aber gegenüber der Gesellschafterversammlung Rechenschaft ablegen.

Die bislang dargelegte Gestaltbarkeit der gesellschaftlichen Organisation wird daher im folgenden durch die Untersuchung ergänzt, welche Voraussetzungen sich der Kontrolle der Gesellschafterversammlung notwendig zurechnen lassen.

a) Der Mindesteinfluß der Gesellschafterversammlung

Als Ausgangspunkt möge die Feststellung dienen, daß die Kontrolle durch die Gesellschafter nicht mit einer Wahrnehmung der Überwachungsfunktion in der GmbH gleichgesetzt werden kann.

Teichmann hat die Möglichkeit eines aufgrund der Satzung vor der Überwachung durch die Gesellschafter sicheren Aufsichtsorgans angesprochen, dessen weitgehende Direktionsbefugnis das Prinzip der Trennung von Macht und Kontrolle verletze¹⁾.

Obwohl Überwachung und Kontrolle nicht identisch sind, können also die Gesellschafter nicht ein Organ in der Satzung unter gleichzeitigem Ausschluß einer Überwachung dieses Organs durch die Gesellschafterversammlung einrichten. Die Erklärung hierfür ergibt sich ohne Schwierigkeiten aus den bisherigen Ausführungen.

Die Satzung kann wohl die sich aus dem Kontrollrecht der Gesellschafter legitimierende Überwachungsbefugnis auf ein anderes Gesellschaftsorgan übertragen. Ein oberstes Überwachungsrecht der Gesellschafter bleibt dabei jedoch immer erhalten und ist unverzichtbar²⁾. Die prinzipielle Zurückführung der gesellschaftlichen Gewalt auf die Gesamtheit der Gesellschafter würde zur Farce, wenn sich die Mitglieder der Gesellschafterversammlung nicht darüber informieren könnten, was in der Gesellschaft geschieht.

Damit ist das Überwachungsrecht der Gesellschafter nur als elementar und unabdingbar festgestellt. Nicht verbunden ist hiermit die Folgerung, daß die Überwachung der gesellschaftlichen Vorgänge durch die Gesellschafter

1) S. 183; s. auch o. S. 173.

2) Schilling in Hach., GmbHG, § 46 Rdn. 27.

in vollem Umfange selbst ausgeübt werden müsse. Teichmann hat nicht ohne Grund lediglich das Erfordernis einer hinreichenden Kontrolle durch die Gesellschafter formuliert¹⁾.

Auch aus der Sicht des Kontrollprinzips erhebt sich also kein Einwand gegen die Einrichtung eines Aufsichtsrates zur Überwachung der Geschäftsführer, sofern sich dieses Organ nur gegenüber den Gesellschaftern verantworten muß.

Ist die Gesellschafterversammlung aufgrund einer hohen Gesellschafterzahl zu einer ausreichenden Kontrolle selbst nicht in der Lage, soll die Einsetzung eines Aufsichtsrates sogar zu einer unabweisbaren Organisationsnotwendigkeit werden²⁾.

Weiterhin empfiehlt sich die Begründung eines zu besonderer Geheimhaltung verpflichteten Sonderorgans für Kontrollaufgaben im Zusammenhang mit Geschäftsgeheimnissen. Wird seine Verpflichtung zu Auskunft und Rechenschaft gegenüber der Gesellschafterversammlung einer strengen Sonderregelung unterworfen, kann die mit Wirkung vom 1. Januar 1981 eingefügte Strafvorschrift des § 85 GmbHG wirkungsvoll ergänzt werden.

Die Zweckmäßigkeit eines derartigen Sonderorgans als zusätzlicher Schutzeinrichtung größerer Gesellschaften wird unter anderem deutlich anhand der Formulierung des von der neuen Vorschrift aus dem Aktiengesetz übernommenen Tatbestandes. § 85 GmbHG erfaßt lediglich die unbefugte Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen, namentlich von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, die in einer Eigenschaft als Geschäftsführer, Mitglied des Aufsichtsrates oder Liquidator bekanntgeworden sind. Die Strafvorschrift greift also nicht ein, wenn ein Gesellschafter hinsicht-

1) S. 183.

2) H. Teichmann, S. 184.

lich ihm in dieser Eigenschaft, bekanntgewordener Geheimnisse gegen Geheimhaltungsinteressen verstößt.

In jedem Fall muß aber die durch die materielle Funktion gebotene Kontrolle im Endeffekt eine Kontrolle der Gesellschafterversammlung sein und nicht nur die eines Teiles davon.

Die als Ordnungsprinzip den Aufbau der gesellschaftlichen Organisation bestimmende Herrschaftsmacht der Gesellschafter wird somit von der mit einem unverzichtbaren Überwachungsrecht einhergehenden Möglichkeit zur jederzeitigen Änderung der Satzung getragen. Vor diesem Hintergrund ist den zu dem Gebot zur Wahrung ihrer Satzungshehheit hinzutretenden Schranken der Gestaltungsfreiheit der Gesellschafter grundsätzlich ein enger Rahmen gezogen¹⁾.

Eine solche weitere Grenze findet sich in den der Gesellschafterversammlung zwingend zugewiesenen Aufgaben.

Außer für die Satzungsänderung einschließlich der Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung besteht nach allgemeiner Meinung eine unabdingbare Zuständigkeit der Gesellschafter für die Beschlußfassung über die Einforderung von Nachschüssen gem. § 26, über die Auflösung der Gesellschaft gem. § 60 Abs. 1 Nr. 2, über die Übertragung der Liquidation anderen Personen als den Geschäftsführern nach § 66 Abs. 1 und über die Abberufung der nicht von einem Gericht ernannten Liquidatoren vor Ablauf des Bestellungszeitraumes gem. § 66 Abs. 3 GmbHG²⁾.

- 1) Die sich mitbestimmungsrechtlich ergebenden Schranken wie die Unübertragbarkeit des im Bereich eines nach dem MitbestG gebildeten AR zur Durchsetzung von Gesellschafterentscheidungen erforderlichen modifizierten Weisungsrechtes - s.o. S. 45 f. - oder die etwa aus dem Geschäftsführungsverbot dieses AR - s.o. S. 34 i.V.m. S. 23 - zu ziehenden Folgerungen werden hier als nunmehr bekannt vorausgesetzt.
- 2) Vgl. in Hachenburg, GmbHG, Goerdeler, § 26 Rdn. 17, Schilling, § 45 Rdn. 6, Ulmer, § 60 Rdn. 24 und Hohner, § 66 Rdn. 13, 15 und 43. Der RegE GmbHG wollte in § 77 Abs. 2 in Änderung und Ergänzung zum geltenden Recht noch weitere Zuständigkeiten zwingend den Gesellschaftern zuweisen. Die dort aufgeführte Verschmelzung (§§ 355, 356 AktG), Umwandlung (§§ 376, 389 AktG, 24 UmwG) und Fortsetzung einer aufgelösten Gesellschaft (Rückführung der in Liquidation befindlichen Gesellschaft in das Stadium der verbenden

Der vom RG aufgestellte Grundsatz,¹⁾ daß die den Gesellschaftern gesetzlich vorbehaltenen Befugnisse nicht auf andere Organe übertragen werden dürfen¹⁾, soll am Beispiel der Festlegung einer Nachschußpflicht näher beleuchtet werden, um herauszufinden, welches Substrat die Bewertung als unabdingbare Gesellschafterkompetenz trägt.

§ 26 Abs. 1 GmbHG weist die Beschlußfassung über die Einforderung von weiteren Einzahlungen den Gesellschaftern zu. Neben dem Wortlaut des § 26 läßt sich gegen die Zulässigkeit einer Übertragung dieser Zuständigkeit auf ein anderes Organ ins Feld führen, daß in § 46 Nr. 2 und 3 GmbHG die Einforderung von Nachschüssen - mit der Folge möglicher abweichender Satzungsbestimmung - nicht angesprochen wird²⁾.

Das RG hat die Bestimmung eines anderen Organs anstatt der Gesellschafterversammlung als nichtig angesehen³⁾. Unter Anführung der Begründung zum ersten und zweiten Entwurf der Vorschrift legt das Gericht dar, daß der Beschluß der Gesellschafter die Bedingung sei, von welcher die Entstehung der Forderung selbst abhängt. Es handele sich nicht, wie bei den Stammeinlagen, um die Geltendmachung einer bereits begründeten Forderung⁴⁾.

Dieser Begründung sei antithetisch eine die Gedanken der §§ 315 und 317 BGB verwertende Konstruktion gegenübergestellt, nach der die Gesellschafter über eine Nachschußpflicht unter der aufschiebenden Bedingung der Entscheidung eines Organs beschließen, dem auch die konkrete, im Zweifel nach billigem Ermessen vorzunehmende Leistungsbestimmung überlassen wird⁵⁾.

GmbH) nennen Scholz-K.Schmidt, GmbHG, 6. Aufl., § 46 Anm. 7 f., und Hölters, S. 21, auch unter dem geltenden Recht als zwingende Beschlußkompetenz der Gesellschafterversammlung. Zu ergänzen wäre hier jetzt wohl noch die Verschmelzung von GmbH gem. §§ 19-35 KapErhG.

1) RGZ 127, 305, 208 f.

2) Goerdeler in Hach., GmbHG, § 26 Rdn. 17.

3) RGZ 70, 326, 329.

4) RGZ 76, 326, 329.

5) In Anlehnung an eine Überlegung Teichmanns, S. 186 i.V.m. S. 152 ff.

Formal ist mit dieser Konstruktion die vom RG formulier-
te Bedingung erfüllt. Mit der Entscheidung des Organs
als dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung liegt auch
eine Entscheidung der Gesellschafterversammlung und damit
die Voraussetzung für die Entstehung der Forderung vor.
Es ist jedoch zu fragen, ob eine solche Konstruktion mit
dem Zweck des § 26 Abs. 1 GmbHG zu vereinbaren ist.

Bezüglich dieses Zweckes hat das RG ausgeführt, der Ge-
setzgeber habe durch § 26 Abs. 1 die Einführung einer
nachträglichen Nachschußpflicht durch Mehrheitsbeschluß
im Interesse der minder kapitalkräftigen Gesellschafter
verhindern wollen¹⁾.

Das RG selbst hat in einer weiteren Entscheidung ausge-
sprochen, daß auch bei einer gem. § 53 Abs. 2 GmbHG mit
qualifizierter Mehrheit erfolgenden späteren Abänderung
der Satzung § 26 Abs. 1 genügt sei²⁾.

Der minder kapitalkräftige Gesellschafter ist also vor
einer durch wenn auch qualifizierten Mehrheitsbeschluß
eingeführten Nachschußpflicht nicht sicher.

Ein Schutz der angesprochenen Art wird aber durch § 53
Abs. 3 GmbHG erreicht. Da die Nachschußpflicht eine Ver-
mehrung der den Gesellschaftern obliegenden Leistungen
darstellt, muß die Zustimmung aller mit der Nachschuß-
pflicht belasteten Gesellschafter vorliegen³⁾.

Die Betrachtung der Festlegung einer Nachschußpflicht
führt somit zu drei zu berücksichtigenden Elementen,
nämlich der Ermächtigung in der Satzung zur Beschluß-
fassung über eine Einforderung von weiteren Einzahlungen,
dem darauf beruhenden Beschluß als Bedingung für die Ent-

1) RGZ 70, 326, 330.

2) RGZ 81, 368, 369 f.

3) Goerdeler in Hach., GmbHG, § 26 Rdn. 15.

stehung der Forderung und schließlich der Zustimmung der belasteten Gesellschafter.

Die Ermächtigung für den Beschluß kann in der ursprünglichen Satzung enthalten sein.

Sie kann aber auch im Wege einer späteren Abänderung in die Satzung aufgenommen werden. Wird durch die Satzungsänderung die Nachschußpflicht nicht mit Zustimmung aller Gesellschafter nur einem Teil der Gesellschafter auferlegt¹⁾, sondern abstrakt eingeführt, müssen alle Gesellschafter der Satzungsänderung zustimmen.

Zusätzlich kann die Auferlegung einer in der Satzung nicht vorgesehenen Nachschußpflicht entsprechend § 53 Abs. 3 GmbHG mit Zustimmung aller Gesellschafter erfolgen²⁾. Diese Möglichkeit beinhaltet eine Abänderung der Satzung für einen bestimmten Fall, ohne daß hinsichtlich zukünftiger Nachschüsse die Zulassung der Einforderung Satzungsbestandteil wird³⁾.

Im Ergebnis zeigt sich die Festsetzung einer Nachschußverpflichtung in jedem Fall an erschwerte Voraussetzungen gebunden. Dieser Grundtendenz würde die oben der Darlegung des RG gegenübergestellte Konstruktion einer aufschiebend bedingten Gesellschafterentscheidungen zuwiderlaufen, zumal dabei nicht auszuschließen ist, daß die Gesellschafterentscheidung aufgrund eines Gesellschafterwechsels nicht die Entscheidung aller unmittelbar von der Forderung betroffenen Gesellschafter ist. Aber gerade die Gewährleistung einer Entscheidung der unmittelbar betroffenen Gesellschafter hat sich in dem untersuchten Fall als besonderes Merkmal der unabdingbaren Zuständigkeit der Gesellschafter erwiesen.

1) Die Zustimmung zu einer ungleichmäßigen Behandlung ist von der Zustimmung der von der Nachschußpflicht betroffenen Gesellschafter zu unterscheiden; vgl. Goerdeler in Hach., GmbHG, § 26 Rdn. 23.

2) In RGZ 70, 326, 331 f., beiläufig erwähnt.

3) Vgl. Hach., GmbHG, § 26 Rdn. 23.

Darüber hinaus ist festzustellen, daß alle Regelungsgegenstände, für die neben der Satzungsänderung eine zwingende Zuständigkeit der Gesellschafter angenommen wird, Aspekte der Mitgliedschaft von erheblicher finanzieller Bedeutung berühren.

Außer bei der Entscheidung über eine Nachschußpflicht liegt diese Bedeutung bei einer Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung auf der Hand. Sie ergibt sich bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise ohne weiteres für die Auflösung der Gesellschaft und hinsichtlich der Person eines Liquidators, von dessen Geschick bei der Verwertung des Gesellschaftsvermögens die Höhe des zur Verteilung gelangenden Liquidationserlöses abhängt.

Diese Gemeinsamkeit läßt vermuten, daß sich hinter der in diesen Fällen auf den jeweiligen Gesetzeswortlaut stützenden zwingenden Zuständigkeit der Gesellschafter ein allgemeines Prinzip aufspüren läßt, das den den Kapitaleinsatz repräsentierenden Wert als gesellschaftliche Gestaltungen bestimmenden Faktor zum Ausdruck bringt.

Eine Bestätigung erhält dieser Ansatz in der Auffassung, daß die Gesellschafterversammlung mit qualifizierter Mehrheit über die Frage zu befinden habe, ob gegen einen Gesellschafter wegen eines in seiner Person gegebenen wichtigen Grundes die Ausschließungsklage erhoben werden soll. Da die Ausschließung durch den damit verbundenen Abfluß von Gesellschaftsvermögen in die Vermögensstruktur der Gesellschaft eingreife, komme sie ihrer Bedeutung nach einem Auflösungsbeschluß am nächsten¹⁾.

Das ins Auge gefaßte Prinzip kann als Regel beschrieben werden, daß die Gesellschafter in Angelegenheiten von einschneidender Bedeutung für den wirtschaftlichen Wert

1) BGHZ 9, 157, 177; Ulmer in Hach., GmbHG, Anh. § 34 Rdn. 16 f. und Immenga, S. 307 f., jeweils m.w.N.

ihrer Beteiligung selbst entscheiden sollen. Diese solchermaßen als Richtgröße der Gestaltungsfreiheit wirkende Regel läßt sich als ein wirtschaftlicher Ausfluß der materiellen Funktion verstehen.

Es ist jedoch einzuräumen, daß der bewußt als Regel formulierte Entscheidungsvorbehalt der Gesellschafter in für den wirtschaftlichen Wert der Beteiligung bedeutenden Angelegenheiten über den Bereich der aus dem Gesetzeswortlaut ableitbaren Fälle einer unabdingbaren Zuständigkeit hinaus nicht mehr als eine Faustregel sein kann¹⁾.

Von vornherein eine Absage zu erteilen ist dem Versuch, durch eine Anknüpfung an den ungewöhnlichen Geschäften im Sinne des § 116 HGB eine Verdichtung dieser Regel zu erreichen. Die Wertung als "ungewöhnlich" hängt in einem solchen Ausmaße von den besonderen Verhältnissen der einzelnen Gesellschaft ab²⁾, daß hieraus ein objektiver, für alle Gesellschaften gültiger Maßstab schwerlich zu gewinnen sein dürfte. Endgültig muß das Unternehmen, mit Hilfe einer Argumentation anhand des § 116 HGB Kriterien für eine Unabdingbarkeit zu gewinnen, an der Beschränkbarkeit des § 116 Abs. 2 HGB scheitern³⁾.

1) Sie vermag aber beispielsweise immerhin, die Begründung einer zwingenden Beschlußkompetenz der Gesellschafterversammlung in den o.S. 91 Fn. 2 genannten Angelegenheiten zu unterstützen.

In ähnliche Richtung weist im übrigen Voormann, S. 120, soweit er eine zwingende Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für die Beschlußfassung über die Amortisation von Gesellschaftsanteilen (§ 34 GmbHG) damit begründet, daß die Amortisation nicht nur den betroffenen Gesellschafter, sondern auch die Beteiligungsverhältnisse der verbleibenden Gesellschaftsanteile berühre, und ferner, S. 123, wenn er die Beschlußfassung über Maßnahmen, die den Gewinnanspruch des einzelnen Gesellschafters verkürzen, zu den unverzichtbaren Rechten der Gesellschafterversammlung zählt.

2) Vgl. Baumbach-Duden-Hopt, § 116 HGB Anm. 1.

3) Vgl. Baumbach-Duden-Hopt, § 116 HGB Anm. 4.

Neben der durch die unabdingbaren Zuständigkeiten gezogenen Sperre finden die Gesellschafter eine weitere Grenze ihrer Freiheit, die Kompetenzen im Innenverhältnis der Gesellschaft nach ihrem Gutdünken zu verteilen, angesichts gewisser Sachzwänge. Anders als bei einer Unabdingbarkeit können die Gesellschafter insofern zwar über die Zuständigkeit verfügen; sie müssen jedoch die funktionsbedingten "Spielregeln" einhalten. Andernfalls ist ihre Gestaltung unzulässig.

So hat der BGH¹⁾ am Beispiel der eigenen Entlastung oder Abberufung eines Geschäftsführers eine Übertragung von Zuständigkeiten ausgeschlossen, die das damit betraute Organ der Sache nach nicht wahrnehmen kann. Diesem Beispiel gleichwertig wäre ein gegenüber den Geschäftsführern weisungsberechtigter Aufsichtsrat, der das Recht zur Entlastung der Geschäftsführer hat. In beiden Fällen bliebe die materiell verantwortliche Instanz von der Nachprüfung frei²⁾.

Aus funktionalen Gründen unmöglich ist also einmal die Vereinigung einer Organtätigkeit mit einer spezifisch darauf bezogenen "Sicherung" in einem Organ. Außerdem ist den genannten Beispielen ein über das Verbot der "Selbstentlastung" eines Organs hinausgehendes Kriterium einer funktionalen Unverträglichkeit bestimmter Gestaltungen zu entnehmen.

Übertragen die Gesellschafter einem Gesellschaftsorgan etwa das Recht zur Entlastung eines anderen Organs, wobei auch eine Entlastung anderer Organe als der Geschäftsführung in Betracht kommt³⁾, muß danach das zur Entlastung zuständige Organ von dem Tätigkeitsbereich des anderen organisatorisch, funktionell und personell sauber getrennt sein.

1) BGHZ 43, 261 ff.: S. 65.

2) Vgl. Teichmann, S. 183.

3) Schilling in Hach., GmbHG, § 46 Rdn. 22.

Die dogmatische Begründung für den Ausschluß der angesprochenen Gestaltungen ist aus der Funktionslehre zu gewinnen. Auf der Basis, daß Demokratie in ihrem Ethos nicht allein eine die Rechte und Pflichten der Bürger regelnde Staatsform, sondern in einem demokratischen Gemeinwesen eine das Verhalten der Rechtsgenossen auch untereinander beeinflussende Lebensform ist¹⁾, verlangt die materielle Funktion eine Kontrolle jeglicher gesellschaftlicher Macht im Wege einer Verantwortlichkeit gegenüber den Gesellschaftern²⁾.

Die Untersuchung der aus diesem Kontrollprinzip für das Organisationsrecht der GmbH resultierenden Grenzen erfolgte bisher mit Blickrichtung auf das Organ Gesamtheit der Gesellschafter. Bevor anschließend die Frage angeschnitten wird, ob sich anhand der den einzelnen Mitgliedern der Gesellschafterversammlung notwendigerweise zukommenden Rechte und Pflichten weitere Schranken einer Übertragbarkeit von Befugnissen ermitteln lassen, sollen die festgestellten Kernpunkte noch einmal speziell für einen Beirat formuliert zusammengefaßt werden.

Oberstes Gebot bei der Zuweisung der Kompetenzen an das zusätzliche Organ ist, daß die Gesellschafter ihre Satzungshoheit erhalten müssen. Sie müssen - gestützt auf ein unverzichtbares Überwachungsrecht - jederzeit die Möglichkeit haben, die Rechte des Beirates einzeln oder gebündelt wieder zu entziehen.

Von der Übertragung auf den Beirat ausgeschlossen sind zunächst selbstverständlich die unabdingbaren Zuständigkeiten der Gesellschafterversammlung, nach allgemeiner Auffassung also hauptsächlich die Beschlußfassung über eine Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung, über Nachschüsse, die Auflösung der Gesellschaft und hinsichtlich der Liquidatoren.

Darüber hinaus deutet der den genannten zwingenden Zuständigkeiten gemeinsame Bezug zum Kapitaleinsatz auf eine

1) Teichmann, S. 114.

2) S.o. S. 72 ff., insbesondere S. 76 ff.

bei den Delegationsüberlegungen zu beachtende Faustregel, nach der die Gesellschafter - und zwar vor allem die von einer Regelung unmittelbar betroffenen - in den für den wirtschaftlichen Wert ihrer Beteiligung bedeutenden Angelegenheiten selbst entscheiden sollen.

Schließlich müssen die Gesellschafter beim Aufbau der gesellschaftlichen Organordnung funktionsbedingte Unverträglichkeiten berücksichtigen und eine Gliederung vermeiden, die etwa eine Selbstentlastung eines Organs erlaubt.

b) Rechte des Einzelgesellschafters

Die materiellen Interessen eines Gesellschafters wie Recht auf Nutznießung und Gewinnanspruch, hinter denen sich letztlich das Motiv für die Mitgliedschaft in der GmbH verbirgt, können durch die Tätigkeit eines Beirates nur insoweit berührt werden, als dieser darüber zu befinden hat. Dasselbe gilt für die gewissermaßen als Kehrseite dem Mitglied erwachsenden Verpflichtungen.

Eine Aussage der gesuchten Art kann demnach nur aus der notwendigen steuernden Teilhabe am Willensbildungsprozeß, d.h. aus dem Bereich der Mitverwaltung als Glied der Gesellschafterversammlung hervorgehen.

Der materiellen Funktion, die alle gesellschaftlichen Vorgänge einer Kontrolle der Gesellschafter unterwirft, würde am ehesten eine möglichst umfassende Mitwirkung sämtlicher Mitglieder der Gesellschafterversammlung an dieser Mitverwaltung entsprechen.

Einen Grundsatz, daß alle Gesellschafter an der Mitverwaltung aktiv beteiligt sein müssen, kann es jedoch nicht geben. Dies ist indirekt bereits damit ausgesagt, daß die für die gesellschaftliche Leitungsarbeit grundlegend wichtige Überwachungsfunktion ohne Bedenken einem Organ

übertragen werden kann, sofern es sich nur gegenüber der Gesellschafterversammlung verantworten muß¹⁾.

Teichmann hat dargelegt, daß selbst die Abstimmungsbefugnis des Gesellschafters nicht zum Minimum an Einflußmöglichkeiten auf das Geschehen in der Gesellschaft gehört²⁾. Gesellschafter können in der Gesellschafterversammlung durch einen gemeinsamen Vertreter handeln oder ihre Befugnisse durch einen Treuhänder wahrnehmen lassen. Die von der materiellen Funktion her gebotene Kontrolle aller gesellschaftlichen Vorgänge durch die Gesellschafter ist gegeben, wenn der Vertreter dem Gesellschafter Rechenschaft ablegt und ihm die auf regelmäßige Information gegründete Gelegenheit bietet, das Vertretungsverhältnis bei einem Fehlverhalten zu beenden und gegebenenfalls Schadensersatzansprüche zu stellen³⁾.

Noch weiter geht das von Sudhoff umrissene Modell eines Beschlußfassungs- und Abstimmungsorgans, das auf der Grundlage einer unwiderruflichen Stimmbevollmächtigung zur Abstimmung in der Gesellschafterversammlung anstelle der Gesellschafter zuständig sein soll⁴⁾.

Diese Konstruktion steht indes in Widerspruch zu der in dieser Arbeit als elementare Voraussetzung der Gestaltungsfreiheit angenommenen Satzungshegemonie der Gesellschaft, die die Herrschaft aller und nicht nur der diesem Organ angehörenden Gesellschafter dadurch sicherstellt, daß sie getroffene Regelungen im Wege der Satzungsänderung jederzeit wieder aufheben können.

1) S.o. S. 89 f.

2) S. 207 ff.; so auch Immenga, S. 250 m.w.N.

3) Vgl. Teichmann, S. 207.

4) GmbH-Rdsch. 67, 158, 163 f.; s.o. S. 10.

Insgesamt zeigt sich die Herrschaft der Gesellschafter in der Tendenz als von einer Mitverwaltung des einzelnen Gesellschafters im Sinne einer unmittelbaren Mitwirkung unabhängig. Bei dieser Sachlage ist nicht ersichtlich, daß sich in Ergänzung zu den bereits bekannten Schranken der Ausgestaltung aus zwingenden und unverzichtbaren Rechten der Gesellschafter weitere einem Beirat verwehrt Zuständigkeiten und Befugnisse ergeben können.

Rechnung zu tragen bleibt lediglich einer Reihe von Forderungen, denen aufgrund ihres Beitrages zu einer Kontrolle der Gesellschaftsorgane auch für einen Beirat eine mittelbare Bedeutung beizumessen ist.

Den Gesellschaftern muß die Möglichkeit gegeben sein, im Rahmen ihrer Auskunfts- und Einsichtsrechte gegenüber den Organen und durch ein Anwesenheitsrecht bei den Gesellschafterversammlungen Informationen zu sammeln. Weiterhin müssen sie mit Hilfe eines Antrags- und Rederechtes erreichen können, daß eine bestimmte Frage überhaupt Verhandlungsthema wird. In diesen Zusammenhang einzubeziehen ist zudem ein unverzichtbares Einberufungsrecht als Gewährleistung dafür, daß in jedem Fall ein Rechenschaftsverlangen einer ordnungsgemäß zusammengetretenen und damit formal zuständigen Gesellschafterversammlung eingeleitet werden kann¹⁾.

Werden die sich erkennbar als Garantien und Äußerungen des Überwachungsrechtes darstellenden Befugnisse der Gesellschafter zugunsten eines besseren Geschäftsbetriebes in der Satzung oder in einer Geschäftsordnung mit gewissen Anforderungen verbunden, muß das jeweilige Recht seitens einer Minderheit durchsetzbar bleiben.

1) Vgl. hinsichtlich der genannten Forderungen Teichmann, S. 210 - 215.

Eine Sicherung in dieser Richtung ist etwa in § 50 GmbHG verankert. Danach sind Gesellschafter, deren Geschäftsanteile zusammen mindestens dem zehnten Teil des Stammkapitals entsprechen, berechtigt, die Einberufung der Versammlung zu verlangen oder sie notfalls selbst zu bewirken.

Außerdem wird seit dem 1. Januar 1981 durch § 51 a GmbHG klargestellt, daß die mehrheitsunabhängigen Einsichts- und Auskunftsrechte einzelner Gesellschafter außerhalb der Gesellschafterversammlung nicht von besonderen Voraussetzungen wie einem wichtigen Grunde¹⁾ abhängen.

Gleichzeitig räumt der ebenfalls neue § 51 b GmbHG dem einzelnen Gesellschafter einen Anspruch auf gerichtliche Entscheidung über seine Auskunfts- und Einsichtsrechte ein. Hierin ist eine bedeutsame Verstärkung der Möglichkeiten der gesellschaftsinternen Machtkontrolle zu sehen, weil nur eine Einzelklagebefugnis für jeden Gesellschafter einen echten Schutz für Minderheitsrechte bieten kann²⁾.

Im Ergebnis folgt aus den unverzichtbaren Rechten der Einzelgesellschafter also keine unmittelbare Einschränkung des Entfaltungsraumes für einen Beirat. Das Zusatzgremium muß aber im Rahmen seiner organschaftlichen Tätigkeit auf diese Rechte die gebührende Rücksicht nehmen.

Vornehmlich ist jedem einzelnen Gesellschafter durch sachgemäß erteilte Auskünfte und ein angemessenes Einsichtsrecht eine ausreichende Information über die Arbeit des Zusatzorgans zugänglich zu machen. Der Stellenwert dieser Verpflichtung erhellt sich einmal daraus, daß sie die persönliche Meinungsbildung des Einzelgesellschafters als Mitglied der Gesellschaft sichert. Stärker noch fällt jedoch ins Gewicht, daß der Einzelgesellschafter zugleich der kleinste Teil der Gesellschaftergesamtheit ist und

1) Vgl. hierzu BGHZ 14, 53, sowie die Diskussion des vor der Gesetzesnovelle bestehenden Meinungsstandes bei Immenga, S. 296 ff.

2) Immenga, S. 285.

somit zwischen deren Sitzungen wie ein "Fühler" der Gesellschafterversammlung wirkt.

III. Die Beiratsmitgliedschaft von Nichtgesellschaftern

War Gegenstand der Untersuchung bislang der reine Gesellschafts-Beirat, wendet sich die Betrachtung nunmehr der Problematik einer Organangehörigkeit von Personen zu, die nicht gleichzeitig Mitglieder der Gesellschaft sind¹⁾.

Die personelle Besetzung ihrer Organe ist nicht nur eine organinterne Detailfrage, sondern von erheblicher Tragweite für die gesamte Gesellschaft, da eine juristische Person wie die GmbH durch diese Gremien handelt. Insbesondere wird sie in entsprechender Anwendung des § 31 BGB über den Wortlaut des § 36 GmbHG hinaus außer durch die von einem Geschäftsführer in ihrem Namen vorgenommenen Rechtsgeschäfte auch durch alle sonstigen Handlungen und Unterlassungen in satzungsmäßiger Organeigenschaft verpflichtet²⁾. Allgemeiner läßt sich sagen, daß alle Folgen organschaftlichen Handelns die Gesellschaft treffen.

Die Konsequenz führt zu dem elementaren Unterschied zwischen der Beiratsmitgliedschaft von Gesellschaftern und der von Nichtgesellschaftern.

Zwar werden auch die Nichtgesellschafter durch ihre Haftung für eine korrekte Wahrnehmung ihrer Befugnisse und Pflichten an den Unternehmenszweck sowie an die sachlichen und formalen Unternehmensziele gebunden. Zusätzlich unterliegen auch sie aufgrund des ihrer Bestellung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Verhältnisses - bei unentgeltlicher Amtsführung ein Auftrag, bei entgeltlicher Amtsübernahme ein

1) Die folgenden Ausführungen setzen bei einem ausschließlich von Nichtgesellschaftern gebildeten Beirat an; somit können sich demgegenüber keine Besonderheiten ergeben, wenn in einem Beirat Nichtgesellschafter neben Gesellschaftern tätig werden.

2) Vgl. Schilling in Hach., GmbHG, (6. Aufl.) § 36 Anm. 7 und (7. Aufl.) § 13 Rdn. 13.

Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Inhalt hat¹⁾ - einer Treuepflicht gegenüber der Gesellschaft²⁾, so daß sie gleichermaßen wie die zueinander in einem spezifischen Treueverhältnis stehenden Gesellschafter³⁾ dem Wohl der Gesellschaft verpflichtet sind. Die Gesellschafter sind aber darüber hinaus dadurch in besonderer Weise mit der Gesellschaft verbunden, daß sie letztthin das wirtschaftliche Risiko jeder Entscheidung tragen.

Im Hinblick auf einen Zugang von Nichtgesellschaftern zu den Schalthebeln des Organs ist daher zu prüfen, ob die Ableitung seiner Kompetenzen und Befugnisse von der Gesellschafterversammlung nicht ein Erfordernis mit sich bringt, daß allein Gesellschafter Mitglied des Beirates werden können.

1. Unmaßgebliche Kriterien

Aufgrund der Ansiedlung dieser Fragestellung in der Binnenstruktur der Gesellschaft entfällt der Gläubigerschutz als verwertbares Kriterium.

Auf Ableitungen aus einem Wesen der GmbH oder eine Argumentation mit dem Interesse der Allgemeinheit wird im Durchgriff auf die notwendig hinter diesen Formeln stehenden Erwägungen verzichtet⁴⁾.

Die formelle Funktion spricht für sich weder für noch gegen eine Beiratsmitgliedschaft von Nichtgesellschaftern. Die Arbeitsfähigkeit des Organs und damit die Tauglichkeit des gesamten Organisationsgefüges zur Erreichung des gesellschaftlichen Zweckes hängen insoweit ihrerseits davon ab, ob die Satzung die nötigen Befugnisse unabhängig von einem Gesellschafterstatus des Adressaten zuweisen kann. Bejahendenfalls ist es für das Funktionieren des Beirates gleichgültig, ob zur Erfüllung seiner Aufgaben Gesellschafter oder Nichtgesellschafter tätig werden.

1) Hölters, S. 31 f.; Voormann, S. 166 m.w.N.

2) BGHZ 49, 30, 32; Hölters, S. 38.

3) Die gesellschaftsrechtliche Treuebindung kann seit der Entscheidung BGHZ 65, 15 ff., zumindest für die GmbH mit personalistischer Verfassung als auch von der Rspr. anerkannt gelten.

4) ...

2. Materielle Funktion

Die gesellschaftliche Macht, die in den statutarischen Rechten des Beirates verkörpert ist, könnte in den Händen von Nichtgesellschaftern jedoch eine Beeinträchtigung der als materielle Funktion formulierten Kontrolle aller gesellschaftlichen Vorgänge seitens der Gesellschafterversammlung mit sich bringen.

Vorauszuschicken ist, daß eine Organmitgliedschaft von Nichtgesellschaftern die im Rahmen der Untersuchung eines mit Gesellschaftern beschickten Beirates dargestellte materielle Funktion in ihrer bisherigen Herausarbeitung nicht verletzen kann. Die Kontrolle der Gesellschafterversammlung, die sich in ihrem Kern als von einem durch gewisse Einzelrechte abgesicherten Überwachungsrecht begleitete Möglichkeit zur jederzeitigen Satzungsänderung beschreiben läßt, wird nicht angetastet. Die Gesellschafter können auch dem mit Nichtgesellschaftern besetzten Organ jederzeit seine Aufgaben und Befugnisse entziehen.

Teichmann¹⁾ hat indessen aus der materiellen Funktion außerdem ein grundsätzliches Verbot entwickelt, daß Gesellschaftsfremde den Willen der Gesellschaft bilden. Mitgliedschaft als Legitimation der Mitwirkung in einem Gemeinwesen gehöre zu den auch in das Privatrecht hineindringenden demokratischen Selbstverständlichkeiten.

Diesem Ansatz ist zunächst voranzustellen, daß eine Organstellung mit einer Verpflichtung auf das Wohl der Gesellschaft einhergeht und der in einem Beirat Mitwirkende infolgedessen anders zu bewerten ist als der Außenstehende, der ohne eine derartige Einbindung die Geschicke der Gesellschaft beeinflussen will²⁾. Der einem Organ angehörende Nichtgesellschafter ist nicht länger Gesell-

1) S. 191.

2) So auch Hölters, GmbH-Rdsch. 80, 50, 52.

schaftsfremder, sondern statutarisch und schuldrechtlich in das organisatorische Gefüge integriert. Gleichwohl kann der von Teichmann in bezug auf Gesellschaftsfremde eingenommene Standpunkt bei der Frage einer Beiratsmitgliedschaft von Nichtgesellschaftern weiterführen. Er soll deshalb anhand von zwei Einzelableitungen näher beleuchtet werden.

So könne die GmbH außerhalb eines Konzernverbundes keinem Gesellschaftsfremden gestatten, das Unternehmen durch unmittelbare gesellschaftsrechtliche Anordnungen von außen zu leiten. Die direkte verbindliche Weisung des Außenstehenden an die Geschäftsführung oder an einen für Geschäftsführungsmaßnahmen zuständigen Aufsichtsrat schalte den Gesellschaftserwillen aus und überschreite daher den Grad des Zulässigen¹⁾.

In der von Teichmann zur Begründung herangezogenen Überlegung, daß sich Weisungen von außen ohne Wissen der Minderheit in der Gesellschaft vollzögen²⁾, findet sich m.E. jedoch kein zwingendes Argument für die Unzulässigkeit einer Fremdsteuerung.

Verfolgt wird hier die Konstellation, daß der Gesellschaftsfremde eine Weisungsbefugnis gegenüber dem Beirat hat. Mittelbar berührt wird damit zugleich der Fall, daß ein Nichtgesellschaftler aus dem Beirat heraus Weisungen erteilt, und zwar auf der Grundlage, daß, wenn das erstere zulässig ist, das letztere erst recht zulässig sein muß.

Das unverzichtbare Überwachungsrecht³⁾ setzt jeden Gesellschaftler in den Stand, für einen ausreichenden Informationszugang auch im Hinblick auf ein Weisungsrecht Gesellschaftsfremder zu sorgen. Es ist dabei davon auszugehen, daß der einer Außensteuerung Raum gebenden Organisation, unterstellt man einmal ihre Zulässigkeit, jedenfalls ein Ausnahmecharakter zukommen muß. Dieser Ausnahmecharakter rechtfertigt gesteigerte Anforderungen hinsichtlich der Obliegenheiten der Gesellschaftler. Willigen sie in eine solche Regelung ein, sind allen Gesellschaftlern in ihrem eigenen Interesse größere Anstrengungen zur Sicherstellung der Kontrolle zuzumuten.

1) Teichmann, S. 197 ff.

2) S. 198.

3) S.o. S. 89 und 101 f.

Schwerer wiegt der Gesichtspunkt, daß von außen kommende Weisungen eine in der ursprünglichen Satzung der Minorität eingeräumte Sperrbefugnis, etwa in Form eines qualifizierten Mehrheitserfordernisses bei gewichtigen Entscheidungen, unterlaufen können¹⁾.

Genauer besehen zeigt dieses Argument indessen nur einen konkreten Hinderungsgrund für eine Fremdsteuerung auf, schließt ein Anordnungsrecht eines Gesellschaftsfremden aber nicht zwingend gänzlich aus.

Die Weisungsberechtigung kann einem Außenstehenden nicht isoliert ohne Rücksicht auf die vorhandenen Satzungsbestimmungen eingeräumt werden. Sie muß sich vielmehr in das als Einheit zu verstehende Gesamtgefüge der Satzung einordnen. Demgegenüber liefen unmittelbare Weisungen des Gesellschaftsfremden wegen ihrer Eignung, der Sperrbefugnis der Minorität ihre Wirkung zu nehmen, auf eine unzulässige Beeinträchtigung einer bestehenden satzungsmäßigen Rechtsposition hinaus. Die beiden Festsetzungen sind folglich von ihrem materiellen Gehalt her miteinander unvereinbar, so daß das Weisungsrecht dem Außenstehenden lediglich unter einer Änderung der gesamten einschlägigen Satzungsnormierung erteilt werden kann. Damit führen die Überlegungen in die Problematik der Mehrheitsentscheidungen.

Da die erforderliche Satzungsänderung eines qualifizierten Mehrheitsbeschlusses bedarf, muß die Minderheit entweder mit der Änderung einverstanden sein oder ihre Zustimmung hinnehmen. Handelt es sich bei dem Sperrecht um ein Sonderrecht oder verlangt das Statut für Satzungsänderungen eine Einstimmigkeit, kann der Gesellschaftsfremde ohne Einwilligung der Minorität keine Anordnungsbefugnis erhalten.

1) Teichmann, S. 198.

Die bisher betrachteten Argumente ergaben somit keinen Rückhalt für die Annahme, daß ein direktes gesellschaftsrechtliches Weisungsrecht eines Gesellschaftsfremden die materielle Funktion in Frage stellen muß. Die Herrschaft der Gesellschafter bleibt gewährleistet, solange sie jede satzungsmäßig verliehene Zuständigkeit samt den damit verbundenen Befugnissen jederzeit wieder entziehen können.

Der Hypothese einer solchermaßen verbürgten Gesellschafterkontrolle begegnen allerdings Bedenken angesichts des Umstandes, daß der Inhaber eines unmittelbaren Weisungsrechtes kraft seiner Anordnungsbefugnis vollendete Tatsachen schaffen kann. Diese Möglichkeit läßt zwar die hierarchische Stellung der Gesellschafter unberührt, geht aber zu Lasten der Durchsetzbarkeit ihres Willens.

In der Beziehung ist gerade im Hinblick auf das Thema der Arbeit festzuhalten, daß eine zu einer schnellen Reaktion befähigende Gesellschaftsorganisation der angesprochenen faktischen Tragweite des Anordnungsrechtes entgegenzuwirken vermag.

Die Zuordnung der Befugnis zur Satzungsänderung in die ausschließliche Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung verbietet eine unmittelbare Übertragung der Zuständigkeit für einen Entzug des dem Gesellschaftsfremden satzungsmäßig eingeräumtes Weisungsrechtes auf einen Beirat. Es sind jedoch keine durchgreifenden Einwände dagegen ersichtlich, dem Außenstehenden die Weisungsbefugnis schon bei ihrer Begründung nur unter der auflösenden Bedingung zuzugestehen, daß ein Beirat das Weisungsrecht aufhebt oder eventuell auch nur suspendiert. Ein die Weisungsbefugnis sperrender Beiratsbeschluß ändert dann nicht die Satzung, sondern führt lediglich aus, was in der Satzung bereits angelegt ist.

Hinsichtlich der personellen Besetzung eines das Weisungsrecht absichernden Beirates könnte man beispielsweise an ein Gesellschafterkomitee denken, das eine gegenüber

etwaigen ebenfalls beiratszugehörigen Nichtgesellschaftern statutarisch abgegrenzte Sonderentscheidungszuständigkeit erhält. Es ist m.E. jedoch nicht ausgeschlossen, auch über die Gesellschaftsangelegenheiten gut unterrichtete Nichtgesellschafter als Vertrauenspersonen mit einer solchen Funktion zu betrauen, wobei es keiner weiteren Erörterung bedarf, daß diese im Verhältnis zu dem Weisungsadressanten absolut unabhängig sein müssen.

Bestätigt wird hierbei zugleich die obige Überlegung, daß die für einen Gesellschaftsfremden gewonnenen Aussagen erst recht für einen beiratsangehörigen Nichtgesellschafter Gültigkeit haben¹⁾, denn einem solchen sehen dann die organinternen Kontrolleure praktisch permanent auf die Finger.

Die vorgetragene, das Reaktionsvermögen der Gesellschaft erhöhende Konstruktion kann fraglos keinen Anspruch darauf erheben, die mit den Folgen eines einen Fremdeinfluß zulassenden Weisungsrechtes verknüpften Zweifel restlos aufzulösen. Zudem hängt sie insbesondere auch davon ab, ob der Nichtgesellschafter eine derartig bedingte Anordnungsbefugnis akzeptiert.

Eine abschließende Behandlung des Weisungsrechtes von Nichtgesellschaftern ist andererseits für die Zwecke dieser Arbeit nicht erforderlich. Es soll deshalb damit sein Bewenden haben, daß der über die Weisungsbefugnis vermittelte Zugang von Nichtgesellschaftern zu gesellschaftlicher Macht sicherlich erhebliche Probleme für die GmbH mit sich bringt. Ein grundsätzlicher Ausschluß des Weisungsrechtes erscheint aber in Anbetracht der flexiblen Gestaltbarkeit einer GmbH vor dem Hintergrund, daß sich die Entscheidungsgewalt der Gesellschafter letztlich mit Hilfe der Satzungsänderung zu behaupten vermag, durch die materielle Funktion nicht zwingend geboten. Die mit der unmittelbaren Weisungsbefugnis für die Gesellschaft

1) S.o. S. 106.

verbundenen Gefahren sind durch entsprechende organisatorische Vorkehrungen in zureichendem Maße auffangbar, zumal der Empfänger einer Weisung selbst immer in einer organschaftlichen Verantwortung steht.

In der anderen Einzelableitung folgert Teichmann¹⁾ aus der materiellen Funktion des Gesellschaftsverhältnisses, daß das Recht, die Geschäftsführer durch interne Organe zu benennen, unangetastet bleiben müsse. Nur wenn die handelnden Personen aus der Gesellschaft heraus gewählt würden und damit die personellen Grundlagen für eine Zusammenarbeit im Sinne des Gesellschaftszieles geschaffen seien, genüge eine nachträgliche Rechenschaftslegung mit der möglichen Folge, die Entlastung zu verweigern und den Betreffenden aus dem Amte zu entfernen.

Ein zwingendes Abberufungsrecht der Gesellschafter als Mindestsicherung biete lediglich einen unvollkommenen Kompromiß. Zwischen Ernennung und Abberufung könne der Geschäftsführer bereits zum Schaden der Gesellschaft gehandelt haben. Zudem könne die formelle Funktion blockiert werden, wenn die Gesellschafter stets den von einem Außenstehenden Vorgeschlagenen des Amtes enthöben und der Dritte sich weigere, eine andere Person zu designieren²⁾.

Näher betrachtet wird wiederum nur die in eine Beiratszugehörigkeit eingekleidete Einflußnahme eines Nichtgesellschafters auf gesellschaftliche Vorgänge.

Zunächst ist festzustellen, daß der Einsatz eines Beirates als Kurationsorgan zwar zu einer Belastung, nicht aber zu einer endgültigen Blockade der formellen Funktion der Gesellschaft führen kann.

1) S. 196.

2) Teichmann, S. 197.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist die Entschlie-
bungsfreiheit der Gesellschafter zu einer Satzungsänderung
allenfalls durch Vorzugsrechte von Mitgesellschaftern be-
schränkbar, darf jedoch im Verhältnis zu Nichtgesell-
schaftern in keiner Weise beschnitten werden¹⁾.

Die Gesellschafter haben somit in der für das Funktio-
nieren der Gesellschaft folgenschweren Situation, daß
sie sich mit dem mit Nichtgesellschaftern besetzten Krea-
tionsorgan nicht einigen können, nicht nur die Möglich-
keit zur Amtsenthebung - und zwar der Geschäftsführer
und ebenso des Beirates selbst -, sondern sie können
notfalls außerdem die Zuständigkeit zur Geschäftsführer-
bestellung wieder an sich ziehen. Ihre Entscheidung
hängt insoweit allein davon ab, ob sie die Reaktion der
Nichtgesellschafter in Kauf nehmen wollen und können.
Es geht diesbezüglich nicht an, aus dem Umstand, daß die
Gesellschafter eventuell aus Furcht vor wirtschaftlichen
Sanktionen nicht wagen, von ihrem Recht Gebrauch zu machen²⁾,
rechtliche Schranken herzuleiten³⁾. Das vernünftige An-
liegen, sich vor solchen Konstellationen zu schützen, er-
zeugt keine Selbstschutzpflicht der Gesellschafter und
somit keine zwingende Zulässigkeitsschranke hinsichtlich
der statutarischen Gestaltung.

Ansonsten ist als wesentliches Element der Gedanke
herauszufiltrieren, daß die Befugnis, grundlegend wich-
tige gesellschaftliche Vorgänge zu steuern, eine Gewähr
für einen loyalen Gebrauch der eingeräumten Macht er-
fordert.

1) S.o. S. 73 ff. und S. 85 ff.

2) In diesem Fall funktioniert die Geschäftsführerbestellung
(zumindest formell) störungsfrei!

3) Vgl. aber Voormann, S. 146.

Aufgrund des zeitlichen Moments kann das Abberufungsrecht gleichermaßen bei einem aus der Gesellschaft heraus gewählten Geschäftsführer nur unzulänglich schützen. Die Bewertung der gesellschaftsinternen Geschäftsführerwahl als ein genügend sichernder Faktor impliziert deshalb eine Erwartung, daß sich die Berufenden bei der personellen Auswahl und auch danach von den Interessen der Gesellschaft leiten lassen und diese Einstellung in irgendeiner Manier an die Geschäftsführer weitergeben, jedenfalls aber auf jene keinen Einfluß dahin ausüben, zuungunsten der Gesellschaft zu handeln.

Der ausschlaggebende Punkt ist also eine hinreichende Loyalitätserwartung. Sie läßt sich als allgemeine Bedingung jeder organschaftlichen Ermächtigung begreifen, weil eine Organschaft absurd wäre, die von vornherein auf eine Benachteiligung der juristischen Person angelegt ist¹⁾.

Eine solche loyalitätserzeugende Bindung an die Gesellschaft wird m.E. indes nicht ausschließlich nur durch eine Mitgliedschaft herbeigeführt, sondern kann auch in sonstigen Umständen begründet liegen.

3. Das Motiv der Beiratsmitgliedschaft

Bei der Suche nach insofern aussagekräftigen Kriterien bietet sich eine Unterscheidung danach an, ob die Organmitgliedschaft auf einem Interesse der Gesellschaft beruht oder in einem außerhalb der Gesellschaft angesiedelten Interesse an einer Einflußnahme auf das innergesell-

1) Den gleichen Gedanken verfolgt Voormann, S. 136, wenn er die Beiratsmitgliedschaft eines Nichtgesellschafters ausschließt, der die ihm übertragenen Rechte nur als Mittel zur Erreichung eigener Zwecke versteht.

schaftliche Geschehen seine Wurzeln hat.

Soll die Beiratsmitgliedschaft der Nichtgesellschafter außergesellschaftliche Interessen an einer Einflußnahme auf gesellschaftliche Steuerungsabläufe absichern, ist eher daran zu denken, daß die aus der Organmitgliedschaft erwachsende organschaftliche Treuepflicht keine ausreichende Garantie für einen nicht gegen die Belange der Gesellschaft verstoßenden Einsatz der zugestandenen Befugnisse bietet.

Insbesondere kann unter Berücksichtigung des notwendigen Spielraumes unternehmerischen Ermessens die Verschulden voraussetzende Haftung aus Treuepflichtverletzung nicht den Schutz vor einer gesellschaftsschädlichen Ausübung gesellschaftlicher Macht leisten, der der mitgliedschaftlichen Beteiligung der Gesellschafter am wirtschaftlichen Risiko beizumessen ist¹⁾.

Ein kontrastierendes Beispiel für eine regelmäßig im Interesse der Gesellschaft arrangierte Organstellung ist die Beauftragung eines Nichtgesellschafters mit der Geschäftsführung.

Für eine GmbH ist der im Recht der Personengesellschaften umstrittene Grundsatz einer Selbstorganschaft kein Thema potentieller Konflikte. § 6 Abs. 3 S. 1 GmbHG stellt ausdrücklich fest, daß Gesellschafter oder andere Personen zu Geschäftsführern bestellt werden können.

Ein Nichtgesellschafter-Geschäftsführer hat dann die gleiche Stellung wie ein Gesellschafter-Geschäftsführer. Soweit sich aus dem MitbestG oder der Satzung nichts anderes ergibt, ist er demzufolge weisungsgebunden und kann von der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit bestellt und abberufen werden²⁾.

1) Die reale Schutzwirkung hängt freilich von den finanziellen Auswirkungen im Einzelfall ab.

2) Vgl. z.B. Ulmer in Hach., GmbHG, § 6 Rdn. 7.

Obwohl die Organstellung des Nichtgesellschafters die von einer gleichzeitigen Mitgliedschaft in der Gesellschafterversammlung ausgehende Bindung nicht aufweist besteht bei einer solchen Gestaltung der Geschäftsführung kein Anlaß, die Verantwortung gegenüber der Gesellschaft für gefährdet zu halten.

Selbstverständlich läßt sich nicht jede Konstellation eines Zuganges von Nichtgesellschaftern zu gesellschaftlicher Macht einem eindeutigen Interessenschwerpunkt innerhalb oder außerhalb der Gesellschaft zuordnen.

So begegnen sich etwa ein Interesse der Gesellschaft an ihr besonders nahestehenden Kapitalgebern und ein Gläubigerinteresse an einer Sicherung für das eingesetzte Kapital, wenn Geldgeber zwar nicht selbst Gesellschafter werden, für sie aber ein Treuhänder der Gesellschaft beitrifft.

Der BGH¹⁾ hat für eine KG als zulässig erachtet, daß im Innenverhältnis den Treugebern, d.h. den Nichtgesellschaftern, unmittelbare Kontrollrechte und Anweisungsbefugnisse zugewilligt werden. Es ist kein Grund ersichtlich, diese Aussage für eine GmbH nicht gelten zu lassen²⁾.

Statt dessen oder zusätzlich können die Geldgeber auch das Recht erhalten, die Geschäftsführer oder die Aufsichtsratsmitglieder zu benennen.

Mit der satzungsmäßigen Übertragung dieser Befugnis auf ein von Nichtgesellschaftern gebildetes Gremium oder selbst nur auf einen Nichtgesellschafter wird ein Kurationsorgan geschaffen³⁾, das als Beirat bezeichnet werden kann. Ist ein solcher Beirat als gesellschaftliche Institution errichtet, ist er - ob Einzelperson oder Gremium - Organ der Gesellschaft⁴⁾.

1) BGHZ 10, 44, 49 f.

2) Dabei ist vor allem an die "personalistische" GmbH zu denken.

3) Vgl. Mertens in Hach., GmbHG, § 37 Rdn. 21 und 26.

4) Vgl. Schneider, BB 73, 1464, 1466.

Als "Loyalitätsgarant" ist hier das wirtschaftliche Interesse der Nichtgesellschafter anzusehen, das derart mit dem von Gesellschaftern übereinstimmt, daß eine Ausnutzung ihrer Rechte zum Nachteil der Gesellschaft nicht zu befürchten ist¹⁾.

Das letzte Beispiel des Schiedsbeirates²⁾ und des Schiedsgutachterbeirates³⁾ soll demonstrieren, daß von den Gesellschaftern eine organschaftliche Aufgabenerfüllung sogar bewußt ganz oder teilweise ohne mitgliedschaftliches Engagement gewollt sein kann.

Derartige innergesellschaftliche Schiedsstellen können Nichtgesellschafter beteiligen oder völlig aus Nichtgesellschaftern zusammengesetzt sein.

Stimmen Gesellschafter und Nichtgesellschafter nach dem Kollegialitätsprinzip ab, vermag die Entscheidung unparteiischen Abstand und subjektive Sicht der Gesellschaft zu vereinen.

Eine deutlichere Neutralität kann das reine Nichtgesellschafter-Organ zum Ausdruck bringen. Anstelle der materiellen Verflechtung mit der Gesellschaft müssen bei dieser Organangehörigkeit andere Gesichtspunkte - z.B. persönliche Integrität, öffentliche Reputation, keine Bindung an Konkurrenten der Gesellschaft - die Annahme rechtfertigen, daß der Betreffende die ihm anvertraute Entscheidungsgewalt nicht gegen die Gesellschaft einsetzt.

Eine hundertprozentige Sicherheit kann es in der Beziehung freilich nie geben. Die Gesellschafter sind auch nicht dagegen gefeit, daß ein Mitgesellschafter seine mitgliedschaftliche Stellung zum Schaden der Gesellschaft ausnützt. Alle gesellschaftsabträglichen Aktivitäten vorbeugende Bindungen an die Gesellschaft erlauben, einschließlich der Mitgliedschaft selbst, stets bloß eine relative Verhaltensprognose.

1) Als äußerste Schranke ist zudem noch an das Verbot einer sitten- oder treuwidrigen Ausübung - §§ 138, 242 BGB - zu erinnern.

2) S.o. S. 10 f.

3) S.o. S. 12.

Insgesamt zeigt sich, daß die Frage, ob die für eine Organzugehörigkeit unverzichtbare Loyalität von einem Nichtgesellschafter in einem das mangelnde mitgliedschaftliche Band aufwiegenden Maße erwartet werden darf - und somit in seiner Person kein Grund vorliegt, ihn von einer Bestellung als Organwalter auszuschließen - , jeweils anhand der Umstände des Einzelfalles beurteilt werden muß¹⁾. Hierbei kann besonders das Motiv für die Beiratsmitgliedschaft ein aufschlußreicher Anknüpfungspunkt sein.

4. Selbststeuerung als Organisationsstandard

Die statutarische Zuweisung einer Funktion vermag also die Organqualität für sich, d.h. unabhängig von einem Gesellschafterstatus, zu begründen. Auch Nichtgesellschafter können ein organschaftliches Amt bekleiden, wenn die Gesellschafter dies wollen und die konkreten Begleitumstände gegen einen Mißbrauch der mit der Organstellung verbundenen Macht sprechen.

Dennoch wird eine Erhebung von Nichtgesellschaftern zu einem Gesellschaftsorgan für die Gesellschaft wohl einen anderen Beigeschmack haben als ein Gesellschafter-Organ.

Das Problem einer Organschaft von Nichtgesellschaftern wurde bislang gewissermaßen unter einem äußeren, einem rationalen Aspekt betrachtet. Gesucht wurden Sachgründe, die eine Beiratsmitgliedschaft auch dann ausschließen, wenn die Gesellschafter sie wünschen.

Damit ist jedoch die innere, die emotionale Seite nicht ausgeschöpft. Es ist zu bedenken, daß bei einem Gesellschafter die Identifikation mit der Gesellschaft nicht nur auf seiner finanziellen Beteiligung, sondern für gewöhnlich zudem auf einer Reihe ideeller Übereinstimmungen beruht. Man kann hieraus eine spezifische Gruppenkonformität herleiten, die um so stärker sein wird, je kleiner die GmbH ist. Charakteristikum dieser Gesinnung ist ein "Wir-Gefühl" der Gesellschafter, dem eine Anteilnahme am Leben der Gesellschaft und ein in einer Weise gesellschaftsorientiertes Verantwortungsbewußtsein entsprechen, für die es bei

1) Auch Voormann, S. 135 ff., bestimmt die Zulässigkeit einer Beiratsmitgliedschaft von Nichtgesellschaftern letztlich anhand einer Wertung im Einzelfall.

einem Nichtgesellschafter regelmäßig keine adäquate Triebfeder gibt.

Deshalb muß für eine GmbH als Standard die durch Gesellschafter ausgeübte Selbststeuerung der Gesellschaft gelten. Jede Abweichung von dieser Regel ist als Ausnahmeregelung zu begreifen.

Maßgebende Vergleichsgröße bleibt immer die von dem Ordnungsprinzip der Selbststeuerung bestimmte Standardorganisation. Mit dieser Richtschnur können die zuvor gewonnenen Erkenntnisse über ein per Beiratsangehörigkeit vermitteltes gesellschaftliches Mitspracherecht von Nichtgesellschaftern zusammengefügt werden.

Auszugehen ist danach von einem entscheidenden Fundamentalsatz jeglicher Organisationsgestaltung in der GmbH, daß alle gesellschaftlichen Vorgänge der Kontrolle der Gesellschafter unterliegen müssen. Solange die Gesellschafter mit Hilfe der nur ihnen vorbehaltenen Befugnis zur Satzungsänderung die Fäden in der Hand behalten können, haben sie außerhalb der gesetzlichen Zuweisungen grundsätzlich die Möglichkeit, Einzelbefugnisse oder auch gebündelte Zuständigkeiten nach ihrem Gutdünken zu übertragen.

Die Aufrechterhaltung der Selbststeuerung bildet dabei die Regel. Eine Ausstattung des Beirates mit unwiderruflichen Rechten ist notwendig ausgeschlossen.

Sollen Nichtgesellschafter am gesellschaftlichen Steuerungsprozeß beteiligt werden, ist jeweils gesondert zu prüfen, ob die Beziehung des Nichtgesellschafters zur Gesellschaft in ihrer Gesamtschau die für eine Organstellung unabdingbare Loyalität erwarten läßt.

Da die organschaftliche Treuepflicht alleine keine ausreichende Garantie für einen gesellschaftsdienlichen Gebrauch seiner Machtbefugnisse bieten kann, muß eine wie

auch immer geartete Verflechtung von Interessen des Nichtgesellschafters mit dem Erfolg der Gesellschaft eine Bindung ergeben, die imstande ist, das Fehlen des mitgliedschaftlichen Bandes auszugleichen.

Der an die Annahme einer hinlänglichen Bindung anzulegende Maßstab ist aus den möglichen Bindungskonflikten des Nichtgesellschafters und aus dem Wirkungskreis des Beirates zu erschließen.

Zum einen hängen die Anforderungen also davon ab, ob das Motiv für die Organmitgliedschaft des Nichtgesellschafters ein außergesellschaftliches Interesse an einer Einflußnahme ist, dem die Gesellschaft stattgegeben hat, oder ob diese Beiratszusammensetzung auf einem Wunsch der Gesellschaft beruht. Zum anderen ist der konkreten Beiratsaufgabe Rechnung zu tragen, wobei organisatorische Vorkehrungen, die das der Organstellung des Nichtgesellschafters innewohnende potentielle Risiko verringern, mit einzukalkulieren sind. Je schwerwiegender die Entscheidungen des Beirates sind, je nachhaltiger sie in das Geschehen in der Gesellschaft eingreifen können, desto intensiver muß auf den Ausnahmecharakter einer solchen Ausformung der Gesellschaftsverfassung abgestellt werden.

IV. Der durch Mehrheitsbeschluß eingesetzte Beirat

Gegenstand der bisherigen Betrachtung war der einhellig von allen Gesellschaftern als Gesellschaftsorgan gewollte und beschlossene Beirat.

Mit der Untersuchung der einverständlichen Organisationsgestaltung kann es jedoch nicht sein Bewenden haben. Das Bild des fakultativen Zusatzorgans Beirat bliebe unvollständig, würde nicht noch geprüft, inwieweit das, was in allseitigem Einvernehmen festgelegt werden kann, auch einseitig von der Gesellschaftermehrheit durchgesetzt werden kann.

1. Kein Recht auf Unabänderlichkeit der Gesellschaftsorganisation

Die Aufnahme des Beirates in das Kompetenzgefüge der GmbH kann bereits bei der Abfassung des ursprünglichen Statutes erfolgen, wenn der Gesellschaftsvertrag von vornherein ein solches Extraorgan vorsieht.

Der Beirat kann auch später eingerichtet werden. Diesem Vorgang gleichwertig ist die Auflösung eines bestehenden Beirates. Derartige Umstrukturierungen bedeuten eine Satzungsänderung und können deshalb, soweit die Satzung nicht eine höhere als die gesetzliche Mehrheit vorschreibt, gem. § 53 GmbH durch einen mit 3/4-Mehrheit gefaßten Gesellschafterbeschuß vorgenommen werden.

Es gibt außerhalb eines in der Satzung festgesetzten Einstimmigkeitserfordernisses für Organisationsveränderungen und allenfalls eines sich in dem Organ verwirklichenden Sonderrechtes¹⁾ weder ein Recht auf Beibehaltung der ursprünglichen Gesellschaftsorganisation noch ein Recht auf Beibehaltung eines vorhandenen Beirates als dauernde Einrichtung der Gesellschaft²⁾.

Wer Gesellschafter einer GmbH wird, weiß, daß er sich einem Verband anschließt, dessen Willensbildung sich regelmäßig anhand von Mehrheitsbeschlüssen vollzieht. Jeder Gesellschafter willigt damit - keine anderes bestimmende Satzungsregelungen vorausgesetzt - darin ein, daß die Grundlagen des gesellschaftlichen Zusammenwirkens durch andere geformt werden können. Und zwar auch ohne seinen Willen, wenn er bei der Abstimmung nicht anwesend ist, und auch gegen seinen Willen, wenn er überstimmt wird.

1) S. dazu aber noch o. S. 78 ff., insbesondere S. 83 und S. 85 ff.

2) Vgl. Schilling in Bach., GmbHG, (6. Aufl.), § 53 Aam. 6. und 33.

2. Die von einer Beiratskompetenz ausgenommenen Angelegenheiten

Genau wie ein von allen Gesellschaftern gemeinsam konstituierter Beirat muß auch der von der Mehrheit beschlossene über die abstrakte Tatsache seiner Existenz hinaus durch seine Obliegenheiten und die ihm übertragenen Rechte konkrete Gestalt erhalten. Und hier muß gelten, daß die Entscheidungsbefugnis eines von der Mehrheit getragenen Zusatzorgans selbstverständlich nur in dem mehrheitlich regelbaren Bereich begründet werden kann.

Diesbezüglich erweisen sich naturgemäß alle zwingenden Gesetzesbestimmungen als Schranke¹⁾. Was das Gesetz verbietet oder anordnet, kann durch das Statut nicht eingeführt bzw. aufgehoben werden²⁾.

So gehören beispielsweise das Einberufungsrecht gem. § 50 GmbHG und die auf einen wichtigen Grund gestützten Rechte auf Auflösung nach § 61 GmbHG und auf Bestellung von Liquidatoren durch das Gericht nach § 66 GmbHG zum unverfügbaren Kernbereich der Mitgliedschaft, der nicht kraft Mehrheitsbeschlusses entzogen werden kann³⁾.

Zu diesem unverfügbaren Kernbereich zählen ferner die zwingenden und unverzichtbaren Rechte, die den einzelnen Mitgliedern der Gesellschafterversammlung notwendigerweise zukommen müssen⁴⁾.

Die Rechte auf Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen, auf Auskunft und Einsicht in die Geschäftsbücher sowie zur Anfechtung der Gesellschafterbeschlüsse⁵⁾ garantieren die durch die materielle Funktion gebotene Kontrolle aller gesellschaftlichen Vorgänge seitens der Gesellschafter und

1) Vgl. dazu Feine, S. 592 f.

2) Schilling in Hach., GmbHG, (6. Aufl.), § 53 Anm. 8.

3) Vgl. Schilling in Hach., GmbHG, § 14 Rdn. 33.

4) Vgl. S. 99 ff.

5) Vgl. BGHZ 14, 264, 270.

dürfen deshalb weder einverständlich noch auf der Basis von Mehrheitsbeschlüssen angetastet werden.

Der Gestaltbarkeit durch Mehrheitsentscheidung entziehen sich weiterhin die Sonderrechte einzelner Gesellschafter, die ohne Zustimmung des privilegierten Mitgliedes nicht beeinträchtigt werden dürfen.

Das gleiche Resultat tritt bei denjenigen Sachverhalten ein, für die das Statut eine einstimmige Entscheidung vorschreibt, da eine solche Vereinbarung ja gerade die Mitwirkung eines jeden einzelnen Gesellschafters garantiert¹⁾.

Außerdem können nach § 53 Abs. 3 GmbHG die Gesellschafterpflichten nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter vermehrt werden.

Für bestimmte Fälle kann die Satzung jedoch ohne Verletzung des zwingenden § 53 Abs. 3 eine Neueinführung oder Erhöhung von Gesellschafterleistungen mittels Mehrheitsbeschlusses vorsehen²⁾.

Schließlich will Verhoeven³⁾ auch noch die Einräumung eines unmittelbaren Weisungsrechtes an den Beirat an die Zustimmung aller Gesellschafter binden⁴⁾.

M.E. sind hier zwei Gesichtspunkte als wesentlich herauszustellen, nämlich der Eingriff in die Mitverwaltungsrechte der Gesellschafter und die besondere Gefährlichkeit eines solchen Weisungsrechtes für die Gesellschaft.

Der Umstand, daß das Weisungsrecht die Mitverwaltungsrechte verkürzt, nötigt nicht dazu, das Weisungsrecht von

1) S.o. S. 81 f.

2) Ulmer in Hach., GmbHG, § 53 Rdn. 4 und 67; Scholz-Priester, GmbHG, 6. Aufl., § 53 Anm. 43; nach Teichmann, S. 152 ff., sollen die Gesellschafter statutarisch sogar generell Mehrheitsentscheidungen zu Lasten ihrer Rechtsstellung akzeptieren können, ohne daß dem § 53 GmbHG entgegenstehe.

3) BB 78, 335, 336.

4) Er verweist insbesondere darauf, daß das Problem der Stimmquoten beim Beherrschungsvertrag i.S. des § 291 Abs. 1 AktG im Bereich des GmbH-Rechtes gleichgelagert sei und hier eine wohl herrschende Meinung für den Beschluß der Gesellschafterversammlung ebenfalls die Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter, also praktisch Einstimmigkeit verlange.

einer Regelung durch Mehrheitsbeschluß auszunehmen. Es ist darauf zu rekurrieren, daß - denkt man das fakultative Zusatzorgan weg - dessen Aufgaben von der Gesellschafterversammlung wahrgenommen werden müßten¹⁾, die Einrichtung eines Beirates folglich immer Mitverwaltungsrechte der Gesellschafter berührt. Leitet man hieraus eine Zustimmungsbedürftigkeit her, müßte dies in letzter Konsequenz bedeuten, daß jedes Recht zur Gestaltung der Verhältnisse in der GmbH lediglich einstimmig auf den Beirat übertragen werden kann. Ein solcher faktisch genereller Ausschluß der Mehrheitsentscheidung wird aber - zu Recht - nirgends vertreten.

Hinsichtlich der erhöhten Gefährlichkeit einer derartigen Anordnung erscheint es als wenig hilfreich, formal auf ein Zustimmungserfordernis abzustellen. Eine bessere Sicherung wird zweifellos durch das Weisungsrecht auf Dauer begleitende erhöhte Kontrollanstrengungen erreicht.

Das Ergebnis für den Beirat läßt sich mit der Formel zusammenfassen, daß die Gesellschaftermehrheit dem Organ dann keine eigenständige Entscheidungszuständigkeit verleihen kann, wenn über die Materie gar nicht, nicht auf der Grundlage von Mehrheitsbeschlüssen oder nur unter Mehrheitsbeschlüssen nicht unterworfenen Konditionen privatautonom verfügt werden kann.

In den letzteren Fällen kann der Beirat zwar auf dem einem Mehrheitsvotum zugänglichen Sektor tätig werden, ist aber bei den zum Satzungsinhalt gehörenden Angelegenheiten auf Hilfestellungen mit vorbereitenden oder flankierenden Arbeiten beschränkt.

1) Die Möglichkeit, diese Aufgaben etwa einem AR zuzuweisen, wird hier ausgeklammert.

3. Sachliche Legitimation

Die von der Gesellschaftermehrheit an den Beirat überantwortbare Entscheidungsbefugnis unterliegt nicht nur den Grenzen, die den überhaupt mehrheitlich regelbaren Bereich abstecken, sondern gleichermaßen den inhaltlichen Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen für Mehrheitsentscheidungen. Damit ist angesprochen, daß, wenn die Gesellschaftermehrheit sich auch kraft Mehrheitsbeschlusses durchsetzen darf und kann, sie doch nicht selbstherrlich, allein an ihren eigennützigen Interessen ausgerichtet "regieren" darf.

Jeder, der einer GmbH beitrifft, handelt in den gesellschaftsrelevanten Dingen nicht mehr als ausschließlich sich selbst verantwortliche Einzelperson. Seine Zugehörigkeit zur Gesellschaft verlangt vielmehr, daß er immer auch die Belange der Gesellschaft und die seiner Mitgesellschafter berücksichtigt. Diese Maxime gilt für jeden Einzelgesellschafter und folglich genauso für die Gesellschaftermehrheit, gleichgültig, wie jene sich zusammensetzt.

Lutter¹⁾ spricht in der Hinsicht von einer "Sozialpflichtigkeit" der Gestaltungsbefugnisse im Sinne einer Pflicht zur Beachtung der Interessen der Gesellschaft selbst und der ihrer Minderheit.

Eine wichtige Stütze findet der Gedanke der sozialen Gebundenheit der Herrschaftsmacht in der Treuepflicht der GmbH-Gesellschafter.

Dazu ist anzumerken, daß der BGH die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht grundsätzlich als Faktor anerkannt hat, der eine Rechtspflicht zur Rücksichtnahme beinhaltet und hierdurch die Beziehungen zwischen den Gesellschaftern und der GmbH und auch die der Gesellschaft-

1) JZ 76, 562, 563.

ter untereinander bestimmen kann¹⁾.

Zur Begründung dieser Treuepflicht wird üblicherweise darauf abgestellt, daß die inneren Verhältnisse der GmbH unbeschadet ihrer körperschaftlichen Verfassung oft auf eine deutliche Nähe zu den Personengesellschaften angelegt seien.

Wiedemann²⁾ geht über diesen auch vom BGH benutzten Anknüpfungspunkt hinaus und sieht die auf den gesellschaftlichen Bereich beschränkte Loyalitätspflicht der herrschenden Gesellschafter unabhängig von einer mehr personalistischen oder mehr körperschaftlichen Verfassung.

Als eine Bestätigung seines Ansatzes sind zunächst die Bedenken zu werten, die sich unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit gegen eine Entwicklung von zweierlei Recht im Rahmen der GmbH ergeben³⁾.

Ansonsten ist gerade für einen für die Gesellschaft organschaftlich handelnden mehrheitsgetragenen Beirat die die ihm anvertraute gesellschaftliche Macht regulierende Treuepflicht als unerläßlich zu betrachten, einerlei, in welcher Form die GmbH in Erscheinung tritt.

Wenn jeder einzelne Gesellschaftsangehörige, der das Geschehen in der Gesellschaft beeinflusst, eben weil er Gesellschafter ist, gesellschaftliche Rücksichten nehmen muß, muß auch der Beirat prinzipiell einer gesellschaftlichen Loyalitätspflicht unterliegen, weil er Organ der Gesellschaft ist.

Die personalistische oder kapitalistische Ausbildung der GmbH mag allenfalls bei der inhaltlichen Ausfüllung der Treuepflicht im einzelnen eine Rolle spielen.

Denkt man etwa an eine große GmbH mit zahlreichen Mitgliedern, so werden hier die einzelnen Gesellschafter

1) BGH/G., 10. 10. 1.

2) JZ 76, 392, 393; s. noch (Wiedemann,) Gesellschaftsrecht, § 8 II 3 a).

3) Vgl. hierzu Immen, a. a. O. 110 f.

ihren Willen in vielen Fragen nicht so nachdrücklich artikulieren wie in einer kleinen personalistischen GmbH. Dies gibt den Gesellschaftsorganen mehr Spielraum, da sie ihr treueorientiertes Verhalten ja nicht an einer theoretischen Idealarücksicht, sondern lediglich an den erkennbaren, konkreten Standpunkten ausrichten können.

Der generelle Maßstab für die Handlungen des von der Mehrheit eingesetzten Beirates läßt sich mit Hilfe der Formulierung Wiedemanns¹⁾ festschreiben, daß sich die Ausübung von Herrschaftsmacht nicht nur formell, sondern ebenso sachlich legitimieren müsse²⁾.

Eine Beiratsentscheidung ist nur dann sachlich legitimiert, wenn der Beirat bei Regelungen kraft des Übergewichtes der Mehrheit bei mehreren möglichen und geeigneten Vorgehensweisen diejenige wählt, die die Rechte der einzelnen Gesellschafter am wenigsten beeinträchtigt. Da das Minderheiteninteresse integrierter Bestandteil des Gesellschaftsinteresses ist, kann nicht zweifelhaft sein, daß das Gesellschaftsorgan die gesellschaftsbezogenen Interessen der Minderheit hinreichend berücksichtigen muß³⁾. Der Beirat darf also nie intensiver in Gesellschafterrechte eingreifen, als die Notwendigkeit einer Maßnahme es rechtfertigt. Ferner muß die Maßnahme unterbleiben, wenn die zu erwartende Beeinträchtigung absehbar außer Verhältnis zu dem angestrebten Erfolg steht.

Man kann das vorgetragene Postulat, die Beiratsentscheidungen an den Grundsätzen der Verhältnismäßigkeit und der Erforderlichkeit zu messen⁴⁾, als Ausfluß der allgemeinen

1) JZ 76, 392.

2) Zustimmend Lutter, JZ 76, 562, 563.

3) Voormann, S. 172.

4) Vgl. Schilling in Hach., GmbHG, § 14 Rdn. 24; Immenga, S. 275; Wiedemann, Gesellschaftsrecht, § 8 II 3 b); Verhoeven in BB 78, 335, 336 und JZ 77, 269; Voormann, S. 190 f.

Gerechtigkeitsidee bezeichnen. Danach ist die von dem mehrheitsgetragenen Beirat realisierte gesellschaftliche Macht allein dann rechtmäßig, wenn er die Rechte der in der Minderheit bleibenden Gesellschafter in seine jeweiligen Entscheidungen einbezieht.

Handelt der Beirat nicht in eigener Zuständigkeit, sondern weisungsgebunden, verpflichtet ihn der Legitimationsgedanke zu Kritik und Gegenvorstellung gegenüber einer die Minderheit offensichtlich ungerechtfertigt belastenden Weisung. Der Beirat muß die Entscheidung nach erfolgloser Remonstration aber vollziehen¹⁾, sofern sie den Beiratsmitgliedern nicht so widersinnig erscheint, daß ihnen als Ausweg nur bleibt, ihr Amt niederzulegen. Voormann sieht daneben als anderen Ausweg einen "organschaftlichen Ungehorsam", wobei die Beiratsmitglieder mit der nicht befolgten Weisung neben einer etwaigen Schadensersatzpflicht auch ihre Abberufung aus wichtigem Grunde riskieren²⁾.

V. Der Beirat als Gruppenorgan

Die Fähigkeit der Mehrheit, die gesellschaftlichen Verhältnisse weitgehend nach ihren Vorstellungen zu gestalten, legt die Frage nahe, ob die Minorität auch über die behandelten fundamentalen Rechte aller Gesellschafter hinaus noch weiter gesichert werden kann.

Das Streben der Minderheit nach Kontrolle und einem ein Mindestmaß an Mitentscheidung wahrenden Einfluß wird vornehmlich in derjenigen GmbH besonders groß sein, deren Gesellschafterversammlung festgefügte Mehrheitsgliederungen aufweist. Je mehr eine "Blockbildung" das an sich mit der Beschlußfassung verbundene Bild eines aufgrund individueller Meinungsbildung Mehrheiten schaf-

1) Polfers, BB 77, 105, 108; Voormann, S. 174.

2) Vgl. O., S. 174.

fenden Abstimmungsmechanismus in Richtung auf ein Diktat der Majorität verdrängt, desto stärker wird das Schutzbedürfnis der Minderheitsgesellschafter.

In Anbetracht derartiger Tendenzen finden sich Erwägungen, ob ein organschaftlicher Beirat notwendigerweise immer dem Gesellschaftsganzen verpflichtet sein muß oder ob er nicht als Organ nur einer Gesellschaftergruppe zu einem Instrument der Minderheit werden kann¹⁾.

1. Die Vorrangigkeit der Gesamtinteressen

Für die eigene Stellungnahme ist an der unumgänglichen Verankerung in der Satzung anzusetzen, der zufolge jeder organschaftliche Beirat zwangsläufig eine Schöpfung der Mehrheit ist.

Mit der Begründung des Organs seitens der Mehrheit ist aber keine unabweisliche Fixierung auf bestimmte innergesellschaftliche Interessen verknüpft. Es ist nicht ersichtlich, was die Gesellschafterversammlung daran hindern sollte, das Organ kraft eines körperschaftlichen Aktes mit der bevorzugten Wahrnehmung eines Gruppeninteresses zu beauftragen.

Wird der Beirat als ein einer Gruppe verpflichtetes Organ ausgebildet, beinhaltet indessen die Organstellung trotzdem auch eine Bindung an das Gesamtwohl. Zumal Einsetzung als Gruppenorgan und Sorge für die Gesamtentwicklung nicht immer harmonisieren können, bleibt deshalb zu klären, welcher Verpflichtung im Kollisionsfall der Vorrang gebührt.

Zu diesem Zweck sind zunächst ungeachtet ihrer personen- gesellschaftsrechtlichen Perspektive zwei Aussagen anzuführen.

1) Grundlegend vor allem Wiedemann, FS f. Schilling, S. 108 und S. 124, sowie Hölters, BB 77, 105 f.

Schilling meint, daß bei widerstreitenden Interessen die der Gesellschaft vorgehen¹⁾.

Wiedemann²⁾ sieht hingegen für ein Gruppenorgan in erster Linie die Belange der betreffenden Gesellschaftsgruppe als maßgeblich an³⁾. Die allen Gesellschaftsrechten immanenten Rechtsschranken müsse das Sonderorgan freilich beachten.

Unter Hinzunahme eines Gedankens von Immenga, daß die Verfolgung von Gesellschaftsinteressen keinen Schutz der Minderheitsinteressen bedeuten müsse und vielmehr häufig die Beeinträchtigung mitgliedschaftlicher Rechte das Gesellschaftsinteresse fördere⁴⁾, zeigt sich, daß die Lösung nicht aus einer generellen Höherbewertung von Positionen zu gewinnen ist.

Entscheidend muß zu Buche schlagen, daß bei der Arbeit eines organschaftlichen Beirates gesellschaftliche Herrschaftsmacht ausgeübt wird. Mithin muß sich eine in die besondere Form einer Organfunktion eingekleidete Tätigkeit zum Nutzen der Minderheit genauso wie die Rechte von Mitgesellschaftern berührende Mehrheitsherrschaft sachlich legitimieren⁵⁾.

Als Organ der Gesellschaft darf der Beirat weder nur den Vorteil der Minderheit noch nur den der Mehrheit im Auge haben. Eine Erfüllung der ihm von der Satzung zugewiesenen

1) In GK z. HGB, § 161 Anm. 38.

2) FS f. Schilling, S. 108 f.

3) So auch Hölters, S. 6. A.a.O., S. 36 Fn. 90, räumt er allerdings ein, daß man einem Beirat, der nur die Interessen einer Gesellschaftsgruppe repräsentiert, die Organqualität auch absprechen könne.

4) S. 270.

5) S.o. S. 123 ff.

Aufgaben auf Kosten der Gesamtgesellschaft ist ausgeschlossen. Raum für eine intensivierte Bemühung um Teilinteressen ist lediglich in dem von den Gesamtinteressen gezogenen Rahmen.

Die Zuordnung zu einer Gruppe ist also dadurch gekennzeichnet, daß die Organstellung den Beirat im Zweifel zu einer vorrangigen Rücksicht auf das Gesellschafts-ganze verpflichtet. Bei der Verfolgung partikulärer Vorteile bewegt sich ein Gruppenbeirat demnach in anderen Gleisen als etwa ein gemeinsamer Vertreter mehrerer Gesellschafter, von dem er - worauf Schilling¹⁾ zutreffend hinweist - klar zu unterscheiden ist.

Trotz seiner vergleichsweise begrenzteren Identifikationsfähigkeit ist der Beirat indes durchaus imstande, einen in der Minderheit bleibenden Kreis von Gesellschaftern und ihre Belange verstärkt zur Geltung zu bringen, da die Gesamtinteressen ungeachtet ihrer Definition durch den Gesellschaftszweck keine abstrakte, unveränderliche Größe darstellen.

2. Einspruchsrecht

Der Beirat kann seinen statutarischen Auftrag, als Sonderorgan bevorzugt ein Gruppeninteresse wahrzunehmen, beispielsweise mit Hilfe eines Einspruchsrechtes erfüllen.

Hinsichtlich seiner Bedingungen und seiner Wirkung ist ein solches Einspruchsrecht allerdings eher einengend zu interpretieren.

1) In Hach., GmbHG, § 52 Rdn. 17.

Mit einer demgegenüber wohl geläufigen Tendenz will Hölters¹⁾ ein Einspruchsrecht des Beirates in den Dienst einer Sicherung der Minorität stellen.

Er beschreibt den Minderheitenschutz als objektives Rechtsprinzip, abgeleitet aus dem Grundsatz von Treu und Glauben, dem obersten Konstitutionsprinzip unserer Rechtsordnung. Eigenverantwortlich habe der Beirat daher immer unter Berücksichtigung des Minderheitenschutzprinzips zu entscheiden; weisungsgebunden habe der Beirat sowohl als organschaftlicher Repräsentant der Gesamtgesellschaft als auch als organschaftlicher Repräsentant einer Gesellschaftsgruppe ein Einspruchsrecht und darüber hinaus eine Einspruchspflicht gegenüber der weisungsberechtigten Gesellschaftsinstanz bzw. gegenüber einem weisungsberechtigten Mehrheitsgesellschaftler, sobald von ihm minderheitsbenachteiligende Maßnahmen verlangt würden.

Wird die Einspruchspflicht zu extensiv gefaßt und zudem nicht auf gegen konkrete Vorschriften verstoßende Weisungen beschränkt, sondern allgemein als Instrument des Minderheitenschutzes postuliert, wird der Beirat jedoch sehr leicht überfordert.

In bezug auf Weisungen der Gesellschafterversammlung ist zu fragen, ob der Beirat überhaupt in der Lage ist, eine zu einem Einspruch verpflichtende Übervorteilung der Minorität sicher zu erkennen.

Der Ort zur Austragung der innergesellschaftlichen Interessengegensätze ist die Gesellschafterversammlung. Die dort stattfindenden Entscheidungsvorgänge werden immer wieder zu Kompromissen nötigen, die - isoliert betrachtet - das Merkmal der Benachteiligung einer Gesellschaftsgruppe erfüllen. Mindestens bei einem mit Nichtgesellschaftlern besetzten Beirat besteht dann die Gefahr, daß eine undifferenzierte konsequente Wahrnehmung der Einspruchspflicht diesen zu einem Störfaktor gesellschaftlicher Abläufe werden läßt.

1) BB 77, 105, 108.

Abgesehen davon ist die in einer Einspruchsverpflichtung des Beirates zutage tretende Fürsorge kaum zu vereinbaren mit der Vorstellung eines über seine Rechte und die Satzung informierten GmbH-Gesellschafters, der nicht wie das breite Publikum geschützt werden muß¹⁾.

Schließlich gilt es auch zu überlegen, was der Beiratsanspruch eigentlich bewirken kann, wenn die Minderheitsgesellschaftler selbst ihre Zurücksetzung nicht verhindern²⁾. Eine mit dem Einspruchsrecht gekoppelte Aussetzungskompetenz des Beirates hat Hölters verneint, weil sie der zwingend festgelegten Zuständigkeitsordnung widerspreche, wonach die Gesellschafterversammlung das allkompetente Gesellschaftsorgan sei³⁾.

Es bleibt im Ergebnis also nur die allgemeine Remonstrationspflicht eines "Normal"-Organs⁴⁾, verbunden mit einer verstärkten Empfindlichkeit gegenüber Benachteiligungen nicht der Minderheit schlechthin, wohl aber der Gruppe, deren Betreuung sich der Gruppenbeirat speziell und mit einem klar umrissenen Auftrag widmen soll.

Der entscheidende Sinn des Einspruches erschließt sich dann daraus, daß die Beanstandung eines organschaftlichen Gremiums ein anderes Gewicht hat als ein Einwand einzelner Gesellschafter. Daneben streicht die mißbilligende Stellungnahme die alleinige Verantwortlichkeit der die Weisung erteilenden Seite heraus. Diese mit einer Betonung der Ver-

1) Vgl. OLG Bremen, AG 77, 257, 258, und o.S. 63 f.

2) Vgl. hierzu aber noch die von Immenga, S. 108 f., für kleinere Gesellschaften formulierten Bedenken gegenüber der vom Gesetzgeber angenommenen Selbsthilfe der Gesellschafter.

3) BB 77, 105, 108.

4) S.o. S. 126.

antwortlichkeit hinsichtlich der betreffenden Maßnahme eingehende Warnfunktion läßt sich dem Einspruch des Beirates gleichermaßen gegenüber den Weisungen eines Mehrheitsgesellschafters zuschreiben.

Darüber hinaus wird der Interpretationsrahmen hinsichtlich der Wirkungen des Einspruches jedoch dadurch begrenzt, daß die Einigung zwischen den innerhalb der Gesellschaft aufeinanderprallenden Bestrebungen genau wie der Ausgleich von Mehrheitsherrschaft und Minderheitenschutz ein grundsätzliches Problem der Gesamtgesellschaft ist. Bei der Bewältigung dieser Aufgabe vermag der Beirat im Verhältnis zur Gesellschafterversammlung nur Hilfsorgan zur Unterstützung, nicht aber Ansatzpunkt und Träger einer gesonderten Lösung zu sein.

Wo zur Sicherung ihrer Position die Selbsthilfe der Gesellschafter nicht ausreicht, kann eine Entrechtung der Minderheit ebensowenig durch einen Beirat, sondern nur durch gesetzlich konstituierte und gewährleistete Rechtsätze verhindert werden¹⁾.

1) Vgl. Immenga, S. 133 f.

Zusammenfassung

Zur Satzungsautonomie in der GmbH zählt nicht nur das Recht, innergesellschaftlich die Zuständigkeiten zwischen den Organen zu regeln, sondern zudem die Befugnis, zusätzlich zu den nach dem GmbHG oder mitbestimmungsrechtlich vorgeschriebenen Organen weitere einzurichten. Von jenen fakultativen Zusatzorganen wird der im Erscheinungsbild gesetzgeberisch nicht normativ beeinflusste Beirat behandelt.

Da sich mit einem derartigen Gremium keine eindeutige, allgemein gültige Begriffsbildung verbindet, wird die Institution "Beirat" anhand von Ausgestaltungsbeispielen beschrieben und unter Beschränkung auf die Zusatzorgane nach dem BetrVG, dem MitbestG sowie nach § 52 GmbHG gegenüber einem Aufsichtsrat abgegrenzt.

Die maßgebliche Existenzgrundlage für einen Beirat, die gesellschaftsrechtliche Gestaltungsfreiheit, wird hinsichtlich einverständlicher Festlegungen aller Gesellschafter und in bezug auf Mehrheitsentscheidungen untersucht.

Aufgezeigt wird, daß die Gesellschafter bei der Übertragung von Rechten auf den Beirat neben den gesetzlichen Schranken vor allem die Unbeschränkbarkeit und Unverzichtbarkeit ihrer Satzungshoheit beachten müssen.

Weiterhin wird dargelegt, daß die GmbH mit der Wahrnehmung der einem Extraorgan zugewiesenen Aufgaben Gesellschafter und auch Nichtgesellschafter betrauen kann. Eine Beitragsmitgliedschaft von Nichtgesellschaftern wird jedoch mit erhöhten Anforderungen an die Annahme einer loyalen Einstellung gegenüber der Gesellschaft verknüpft.

Aus der Organeigenschaft wird abgeleitet, daß auch der mehrheitsgetragene Beirat grundsätzlich die Rechte der Minderheit berücksichtigen muß, sobald er gesellschaftliche Macht ausübt.

Als Organ der Minderheit kann der Beirat den betreffenden Gesellschafterkreis verstärkt betreuen, vermag aber nicht Träger einer gesonderten Lösung des Minderheitenschutzes zu sein.

Lebenslauf

Ich wurde am 15. Oktober 1948 in Wiesbaden geboren als Sohn des Verlagsdirektors Friedrich Fleischer und seiner Ehefrau Anna, geb. Franz.

Nach vier Jahren Grundschule wechselte ich 1959 auf das neusprachliche Gutenberg-Gymnasium Wiesbaden, dessen Besuch ich 1968 mit dem Abitur abschloß.

Im gleichen Jahr nahm ich das Studium der Rechtswissenschaft an der Gutenberg-Universität Mainz auf. Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 2. Juli 1974 in Mainz ab.

Ab September 1974 folgte die Referendarausbildung in Hessen, unterbrochen durch die Ableistung des Wehrdienstes von April 1975 bis Juni 1976.

Am 17. März 1978 bestand ich die zweite juristische Staatsprüfung in Wiesbaden.

Zwischen 1978 und 1980 war ich eineinhalb Jahre als wissenschaftlicher Mitarbeiter des Hessischen Sozialministeriums tätig.

D. GRÄBNER

Dissertations- u. Offsetdruckerei

Gotenstraße 3

8602 Altendorf bei Bamberg

Telefon 09545 / 8791

